中國法律思想史

下册

楊鴻烈著

目錄

（甲）刑法方面

（子）法律平等的問題

法律不應平等說在漢代的復興　僞書周官「八議」說在歷代法典上所發生的直接影響　禮記「刑不上大夫」說較「八議」說的範圍擴大　賈誼戴德李彪等對此說的發揮　隋唐宋元明以來此說幾成爲社會意識

主張法律應該平等的歷代皆有其人如漢王充南朝宋王弘唐賈至呂溫宋李覯司馬光蘇軾金朝的世宗與及清朝的雍正帝等　漢蕭望之貢禹唐呂溫宋朱熹明丘濬等又從經濟方面鼓吹法律上的平等　但實際上均無影響

（丑）法律公布問題

中國歷史上關於公布法律的事實的記載　儒家主張法律應守秘密的理論的根據　明丘濬與清孫頤臣痛駁法律秘密說的失當

（巳）復讎行爲問題

傳統的儒家思想助長復讎行爲　儒家所鼓吹復讎的四大原則　反對復讎行爲的後漢有桓譚張敏和魏晉南北朝的君主　唐時復讎行爲尙成司法上一大問題　陳子昂韓愈柳宗元張九齡裴耀卿李林甫都各有贊否的意見　最近世的法典如大淸律學者如章炳麟仍容許復讎行爲　但柳宗元王安石等反對的意見最爲顚撲不破

（午）肉刑復興問題

漢文帝廢止肉刑的經過　東漢時對廢止肉刑的不滿　東漢末季崔實荀悅仲長統動議復興肉刑　孔融的反對　魏時四次肉刑復興的辯論　贊成派陳羣鍾繇傅幹等人的意見　反對派王脩王朗夏侯玄的意見　晉劉頌更進一步從理論上闡發肉刑的盡善盡美　衞展爲劉頌的共鳴者　周顗桓彝王敦反對的理由南北朝隋唐以來無「肉刑問題」

宋神宗時復議肉刑　南宋以後肉刑復興運動完全消滅　但「黥刑」
仍名廢而實存

（未）以贓定罪問題

漢晉唐宋諸律以贓定罪的實例　此法似公平而實不公平　宋曾布朱
熹和明末王夫之有價值的反對意見

（申）赦罪當否問題

儒家原來主張赦罪的範圍還小　春秋秦漢以來就常有不加分別的大
赦　前後漢反對者有匡衡吳漢王符崔實荀悅三國蜀有孟光後周有樂
運唐有馬植五代晉有張允宋有王安石歐陽修元有趙天麟蘇天爵陳天
祥明有劉基　但「非赦說」在法律的實際上竟不發生影響

（乙）民法方面

中國法典刑法的部分遠較民法爲多　中國民法思想不發達的三大原因

本書因史料缺乏的關係只述及親族法的三大問題

（子）婚姻問題

儒家對婚姻的根本觀念　班固對適婚年齡的兩種解釋　王符葛洪對婚姻形式要件的主張　宋洪邁明朱善反對「平輩近親」不得爲婚的意見　同姓不婚說的起源　歷代嚴禁同姓爲婚的三大理由　但自戰國姓氏混亂雖屬同姓未必同宗　沈家本反對「同姓不得爲婚」的論文的內容　婚姻的解除在儒家思想裏似難而實易　「七出說」的起源　明宋濂清俞正燮對「七出說」的攻擊　明王禕清錢大昕對「七出說」的擁護　兩派的得失

（丑）別籍異財問題

中國大家族制度起於周代而爲秦商鞅所破壞說的不確　後漢時方有累世同居制度的發生　南北朝時趨於自然的崩潰　唐宋元明清律對

及其與舊律根本不同之三要點　「法治派」與「禮教派」之大論戰　民國初年「禮教派」的得勢

世界大戰以後各國法律均改以社會爲本位　「權利趨於社會化」「契約趨於集合化」我國法律思想又發生一大變化　國民政府所頒布的刑民法典實另闢一新紀元　三民主義的立法與我國古代法律思想不同與歐美的法律觀念尤異　民法總則債權編物權編卽其實例　親屬編繼承編推翻幾千年來舊禮教所護持的名分親屬關係宗法觀念　刑法充分表現改善主義的精神男女完全平等禮教觀念極爲淡薄民族思想很確

全書結論

中國法律思想牽涉的範圍很廣內容的義蘊很深問題很複雜　中國法律思想的創見各時代都有將來的發展可說無限　中國近年變化很爲劇烈所以不應對新刑民法典的實施過於悲觀

中國法律思想史下册

第四章　儒家獨霸時代

所謂「儒家獨霸時代」是包括自秦亡漢興歷三國、魏晉、南北朝、隋唐、五代、宋元、明以至前清末季兩千餘年很長的時間，這裏還得有兩個問題：即（一）儒家眞的是獨霸嗎？有的人舉漢書藝文志的記載，如：——

「漢興，改秦之敗，大收篇籍，廣開獻書之路，迄孝武世，書缺簡脫，禮壞樂崩，聖上喟然稱曰：「朕甚閔焉」！於是建藏書之策，置寫書之官，下及諸子傳說，皆充祕府」。

是武帝對諸子之學不惟無摧殘的罪過；且有流傳的功勞。又舉前書記武帝以後的事實說：

「成帝時以書頗散亡，使謁者陳農求遺書於天下，詔光祿大夫劉向校經傳諸子詩賦，……

會向卒哀帝復使向子侍中奉車都尉歆卒父業，歆於是總羣書而奏其七略，故有輯略，有六藝略，有諸子略，有詩賦略，有兵書略，有術數略，有方技略。……」是假使武帝眞的禁止人研究儒家以外的異端，那又何必要命令劉向父子去校定諸書呢？這樣的質難不爲無理，但不幸漢書除以上兩條而外，又明明白白的記載着儒家獨霸的事實；如董仲舒傳說：「自武帝初立，魏其武安侯爲相，而隆儒矣，及仲舒對策，推明孔氏，抑黜百家。……」

武帝紀說：「建元元年冬十月，詔丞相御史列侯中二千石二千石諸侯相舉賢良方正直言極諫之士，丞相（衛）綰奏：「所舉賢良或治申商韓非蘇秦張儀之言，亂國政，請皆奏罷。」可。」

這後一條較前一條的記載尤爲重要；因爲假使武帝不獨尊儒家罷黜百家的話，爲什麽要「可」衛綰的奏呢！再說武帝爲什麽要獨尊儒家，這也和史記秦始皇本紀所記始皇說：「吾悉召文學……士，甚重欲以興太平」是同樣的理由；因爲帝王治天下總不能全憑武力，不講教化，而講教化

且「治具」最完備的祇有儒家夠資格；何況漢朝建國在春秋以降五百年長期戰爭之後，再加以秦朝的淫虐，楚漢的紛爭，人民早已是在水深火熱之中；所以漢書食貨志就有說：

「孝惠高后時，百姓新免毒蠱，人欲長幼養老；蕭、曹為相，塡以無為，從民之欲，而不擾亂；是以衣食滋殖，刑罰用稀。及孝文即位，躬修玄默，勸趣農桑，減省租賦；而將相皆舊功臣，少文多質，懲惡亡秦之政，論議務在寬厚，恥言人之過失，化行天下，告訐之俗易……風流篤厚，禁網疏闊；選張釋之為廷尉，疑者予民，是以刑罰大省，至於斷獄四百，有刑錯之風」

刑法志也記載——

「文帝十三年……下令曰：「制詔御史：蓋聞有虞氏之時，畫衣冠異章服以為戮而民弗犯，何治之至也！今法有肉刑三（孟康曰「黥，劓二，刖左右趾合一，凡三也」）。而姦不止，其咎安在？……詩曰「愷弟君子，民之父母」。今人有過，教未施而刑已加焉；或欲改行為善而道亡繇至；朕甚憐之！夫刑至斷支體，刻肌膚，終身不息，何其刑之痛而不德也！豈稱為民父母之意哉？其除肉刑，有以易之」。

這段話還不彰明較著的淵源於儒家的思想嗎？由此可見漢時獨尊儒家乃是對自戰國至秦以來盛極一時的任刑的法治主義的極大反動。又儒家學說經歷兩漢在社會上的勢力業已造成；後此三國魏晉南北朝隋唐五代宋元明清的君主自然也就一循舊貫尊儒家學說若「天之經，地之義」，而兩千年來中國的法律思想也就成為儒家的法律思想了。

第（一）問題已解答如上，還有（二）儒家思想支配下兩千年來法律內容全體的根本原理實在沒有重大改變和衝突的地方嗎？按本書導言曾引程樹德先生中國法制史所說『律分南北二支』的話，程先生的九朝律考又有律系表如下：

法經—秦律—漢律—魏律—晉律—梁律—陳律

漢律—後魏律—後周律
　　　　　　—北齊律

北齊律—隋—開皇律—唐律—宋刑統—明律—清律
　　　　　—大業律（註一）

著者不敢贊同程先生的意見已略述於導言，又在程先生前主張此說的有章炳麟先生，聽說章先生因民國初年受了袁世凱的監禁侮辱，所以心裏總橫着一個「北方鮮卑」的成見，他的文錄裏五朝法律索隱一文，到處宣揚晉律的優點，但不免「望文生義」「強作解人」，把晉律弄得去事實甚遠，同時就痛罵——

「(後魏)鮮卑亂制，至今爲梗，甚乎始造桐人以葬者！……」

「(北齊)鮮卑僭盜，始有「十惡」之刑，其有反叛惡逆不敬諸條，則隨事可以比傳，明以法律擁護政府，且重於擁護王后者」。

但關於「十惡」，章先生也承認是『自漢之亡，其風漸息，昌之者則鮮卑也』，是鮮卑原本於漢律；並非「始作俑者」，著者在舊作中國法律發達史裏曾逐條加以批評，(註二)所以兩千年來在儒家思想支配下的中國法律內容全體的根本原理，實在沒有什麼重大改變和衝突的地方，現將這時間很長材料極多的法律思想分爲兩大部分講述：

第一部　一般法律原理的泛論

甲、陰陽五行等天人交感及諸禁忌說

陰陽五行是中國人的思想律，是中國人對於「宇宙系統」「人事現象」的信仰；二千餘年以來都有極強固的勢力，所以古今圖書集成五行類就將所有事物都看做與五行有關，如說：

「……子復讎何法？法土勝水，水勝火也。子順父，臣順君，妻順夫，何法？法地順天也。男不離父母何法？火不離木也。女離父母何法？水流去金也。娶妻親迎何法？法日入陽下陰也。……」

此外還有「君子遠子近孫」，「父爲子隱，子爲父隱」，「長幼」，「朋友」，「君一娶九女」等等無不取法於陰陽五行。按中國最早拿陰陽五行之說來闡明法理的要數董仲舒，據漢書本傳說：

「……武帝卽位，舉賢良文學之士，前後百數，而仲舒以賢良對策焉：……

「臣謹案春秋之文，求王道之端，得之於正。正次王，王次春；春者，天之所爲也；正者，王之所爲也；其意曰，上承天之所爲，而下以正其所爲，正王道之端云爾。然則王者欲有所爲，宜求其端於天，天道之大者在陰陽，陽爲德，陰爲刑；刑主殺而德主生；是故陽常居大夏而以生育養長爲事；陰常居大冬而積於空虛不同之處；以此見天之任德不任刑也。天使陽出，布施於上而

主歲功，使陰伏於下而時出佐陽，陽不得陰之助，亦不能獨成歲，終陽以成歲爲名，此天意也。王者承天意以從事，故任德教而不任刑，刑者不可任以治世，猶陰之不可任以成歲也，爲政而任刑，不順於天，故先王莫之肯爲也。今廢先王德教之官，而獨任執法之吏治民，毋乃任刑之意與？孔子曰：「不教而誅，謂之虐」。（師古曰：「論語載孔子之言」）虐政用於下而欲德教之被四海，故難成也。……古者修教訓之官，發以德善化民，民已大化之後，天下常亡一人之獄矣。今世廢而不修，亡以化民，民以故棄行誼而死財利，是以犯法而罪多，一歲之獄以萬千數，此見古之不可用也。……」

仲舒所著的春秋繁露是拿陰陽五行來講春秋的微言大義，所以其篇目有五行逆順、五行對、五行之義、陰陽位、陰陽終始、五行五事、陰陽義、陰陽出入、五行相生、天地陰陽……等，就中有關於法律思想的如陽尊陰卑第四十三說：

「陰陽理人之法也，陰，刑氣也；陽，德氣也。陰始於秋，陽始於春；春之爲言猶偆偆也，秋之爲言猶湫湫也。偆偆者，喜樂之貌也；湫湫者，憂悲之狀也。是故春喜夏樂，秋憂冬悲，悲死而樂生。以

夏養春，以冬喪秋，大人之志也；是故先愛而後嚴，樂生而哀終，天之當也，而人資諸天，大德而小刑也。是故人主近天之所近，遠天之所遠，大天之所大，小天之所小，是故天數右陽而左陰；務德而不務刑；刑之不可任以成世也，猶陰之不可任以成歲也，爲政而任刑，謂之逆天，非王道也」。

此外如天辨在人第四十六，四時之副第五十五也是如此，又五刑相生第五十九說：

「北方者水，執法司寇也。……淸廉平，賂遺不受，請謁不聽，據法聽訟，無有所阿，孔子是也。……」

五行逆順第六十也是發揮五行的道理。西漢學者除董仲舒外還有桓寬所著鹽鐵論論菑篇記當時「文學」（卽儒徒）和「大夫」（卽法吏）的辯論：

「大夫曰「金生於巳，刑罰小加，故薺麥夏死，易曰「履霜堅冰至」秋始降霜，草木隕零，合冬行誅，萬輸畢藏，春夏生長，利以行仁，秋冬殺藏，利以施刑，故非其時，而樹雖生不成；秋冬行德，是謂逆天道，月令涼風至，殺氣動，蜻蛚鳴，衣裘成，天子行微刑，始貙膢以順天令」。

「文學曰：「天道好生惡殺，好賞惡罰，故使陽居於實而宣德施，陰藏於虛而爲陽佐輔，陽剛陰柔，不能加孟，此天賤冬而貴春；申陽屈陰；故王者南面而聽天下；背陰向陽；前德而後刑也。霜雪晚至，五穀猶成；雹霧夏隕，萬物皆傷；由此觀之；嚴刑以治國；猶任秋冬以成穀也。故法令者，治惡之具也，而非至治之風也。是以古者明王茂其德教而緩其刑罰也。網漏吞舟之魚，而刑審於繩墨之外，反臻其末而民莫犯禁也」。

詔聖篇記──

「文學曰：「……春夏生長，聖人象而爲令；秋冬殺藏，聖人則而爲法；故令者，教也，所以導其民人；法者，刑罰也，所以禁強暴也；二者治亂之具，存亡之效也。……」

按「經書」裏禮記的月令篇既見於呂氏春秋，據說是漢戴氏所收編的，此文將一切司法行爲須應於天時的原理加以很具體的說明。如：──

「仲春之月，安萌芽，養幼少，存諸孤，命有司省囹圄，去桎梏，毋肆掠，止獄訟」。

丘濬大學衍義補加以解釋說「仲春之月乃陽氣發生之候，故安萌芽，養幼少，存諸孤，是

雖草木之微亦加安養之仁；孤幼之子，咸致存養之惠。若夫人之不幸而入於囹圄，雖其自取之罪，然皆吾之赤子也，當此陽和之時，而存惻怛之心，天地之德，父母之心也」。（註三）

日本蘆野德林無刑錄也有解釋說：「天地大德曰生，春三月乃生德發陳之時也，先王於是時禁伐木，安萌芽，生而勿殺，予而勿奪，賞而勿罰，此春氣之應，養生施仁之道也。漢章帝方春降詔曰「人君伐一草木不時，謂之不孝」。……人君之道，以則天順時，廣好生之德爲本，雖一草一木之微，亦必安而養之矣，而況於圓顱方趾，萬物之靈，或失本心，蚩蚩蠢蠢，昧乎犯法，入囹圄，被桎梏，而罪非其性也哉？此君人者尤所當惻然軫念，勤加愍恤也。……」（註四）

「孟夏之月，斷薄刑，決小罪，出輕繫」。

丘濬說：「孟夏之月天氣始炎，將馴至於大暑也，恐罪人之繫於囹圄者，氣相鬱蒸，或致疾疫，故於是時也，於刑之薄者卽結斷之，不使久繫，罪之小者，卽決遣之，不使收繫；繫之輕

者，卽縱出之，不使復繫，先王恤獄之仁也。或者謂正陽之月，於陰事未宜大有施設，失先王之意也」。（註五）

按這樣理論影響到法律上，卽成爲「熱審」的開端。明會典刑部事例有「熱審」的名稱，但記事很簡略，清嘉慶會典、刑部、恤刑之典附例所述較詳，如說：

「每年小滿後十日起至立秋前一日止，如立秋在六月內則以七月初一日爲止，除內外問刑衙門之軍流徒犯及竊盜鬥毆傷人罪應杖笞人犯不准減免外，其他杖罪人犯各減一等；笞罪，寬免；枷號者，暫行保釋，俟立秋後，照例減等補枷。凡犯案之審題在「熱審」之先，發落在熱審期內者，照前減免……」（註六）

「仲夏之月，挺重囚，益其食。是月也，百官靜事無刑，以定晏陰之所成」。

陳澔說：『刑，陰事也；舉陰事則是助陰抑陽，故百官府刑罰之事皆止靜而不行也。凡天地之氣，順則和，競則逆，故能致災咎，此陰陽相爭之時，故須如此謹備。晏，安也，陰道靜故云晏陰；及其定而至於成，則循序而往，不爲災矣。是以未定之前，諸事皆不可忽也』（註七）

「孟秋之月，命有司脩法制，繕囹圄，具桎梏，禁止姦，愼罪邪，務搏執，命理（治獄之官）瞻傷（損皮膚）察創（與瘡同），視折（損筋骨）審斷（骨肉皆絕），決獄訟，必端平，戮有罪，嚴斷刑，天地始肅，不可以贏（贏，有寬緩之意）」。

丘濬說：「刑者，陰事也，陰道屬義，人君奉天出治，當順天道肅殺之威，而施刑害殺戮之事，所以法天時，行義道也。然秋之爲秋，所以成乎春；義之爲義，所以全乎仁。有春而無秋，則生物不成；有仁而無義，則生民不安。方天地始肅之時，則不可以贏，亦猶天地始和之時，不可以縮也。是則聖人之用刑，雖若不得已而實不容已也。於不容已之中而存不得已之心；不容已者，上天討罪之義；不得已者，聖人愛物之仁」。

按月令篇此文爲後代「秋審」制度的根據；清嘉慶會典就有說：

「凡各省秋決之囚，得旨監候，越歲審其應決與否而上之，謂之秋審」。（註八）

日本織田萬博士清國行政法所述更詳，如說：

「秋審裁判一年一次，八月開之，始於總督巡撫之審問，經三法司審議，而終於皇帝之

裁斷。各省督撫每年四月在其衙門開法廷擬律，至五月中，一面上奏皇帝，一面通知刑部，刑部俟各省奏册齊至，分罪類而印刷之，以七月初旬供御覽，皇帝八月中旬使三法司會審，故曰秋審。……」（註九）

「仲秋之月，乃命有司申嚴百刑，斬殺必當，毋或枉撓。枉撓不當，反受其殃。季秋之月，乃趣獄刑，毋留有罪。孟冬之月，是察阿黨，無所掩蔽」。

丘濬說：「自古斷決死刑皆以孟冬之月，凡有罪人於死刑者，必先訊問詳讞之，至於是純陰之月乃施刑焉。……」（註一〇）

可見這種思想實在支配中國司法界兩千多年的威力。再看諸史：後漢章帝元和二年有詔說：「方春生養萬物孚甲，宜助萌陽，以育時物，其令有司，罪非殊死，且勿案驗；及吏人條書相告，不得聽受。冀以息事寧人，敬奉天氣，立秋如故」。又詔說：「春秋於春每月書王者，重三正，愼三微也。律十二月立春，不以報囚。月令冬至之後，有順陽助生之文，而無鞫獄斷刑之政。朕咨訪儒雅，稽之典籍，以爲王者生殺宜順時氣，其定律無以十一月十二月報囚」。是年旱，長水

校尉賈宗等上言，以爲斷獄不盡三冬，故陰氣微弱，陽氣發泄，招致災旱。帝以其言下公卿議，尙書陳寵奏：——

「冬至之節，陽氣始萌，故十一月有蘭射干芸荔之應，時令曰：諸生蕩，安形體，天以爲正，周以爲春。十二月陽氣上通，雉雊雞乳，地以爲正，殷以爲春。十三月陽氣已至，天地已交，萬物皆出，蟄蟲始振，人以爲正，夏以爲春。三微成著，以通三統，周以天元，殷以地元，夏以人元，若以此時行刑，則殷、周歲首皆當流血，不合人心，不稽天意。月令曰：孟冬之月，趣獄刑，無留罪，明大刑畢在立冬也。又仲冬之月，身欲寧，事欲靜，若以降威怒，不可謂寧；若以行大刑，不可謂靜。議者咸曰：旱之所由，咎在改律，臣以爲殷、周斷獄，不以三微，而化致康平，無有災害，自元和以前，皆用三冬，而水旱之異，往往爲患，由此言之，災害自爲它應，不以改律。秦爲虐政，四時行刑；聖漢初興，改從簡易；蕭何草律，季秋論囚，俱避立春之月，而不計天地之正，二王之春，實頗有違。陛下探幽析微，允執其中，革百載之失，建永年之功，上有迎承之敬，下有奉微之惠，稽春秋之文，當月令之意，聖功美業，不宜中疑」。

書奏，帝納之，遂不復改」

丘濬說：「寵之此言，以殷、周非徒改月朔，但改其時，漢去古未遠，必有所據，斷決死囚必以十月，以其純陰之月也，因寵此言，後遂以爲定制」。（註一二）

和帝末下令，麥秋得案驗薄刑，而州郡好以苛察爲政，因此遂盛夏斷獄，司徒魯恭上疏諫曰：

「臣伏見詔書，敬若天時，憂念萬民，爲崇和氣，罪非殊死，且勿案驗，進柔良，退貪殘，奉時令，所以助仁德，順昊天，致和氣，利黎民者也。舊制，至立秋乃行薄刑，自永元十五年以來，改用孟夏，而刺史太守不深惟憂民息事之原，進良退殘之化，因以盛夏徵召農人，拘對考驗，連滯無已。司隸典司京師，四方是則，而近於春月分行諸部，託言勞來貧人，而無惻隱之實，煩擾郡縣，廉考非急，逮捕一人，罪延十數，上逆時氣，下傷農業。案易五月姤用事，經曰后以施令誥四方，言君以夏至之日施命令，止四方行者所以助微陰也；行者尙止之，況於逮召考掠奪其時哉？比年水旱傷稼，人饑流冗，今始夏，百穀權輿，陽氣胎養之時，自三月以來，陰寒不暖，物當化變，而不被和氣；月令「孟夏斷薄刑，出輕繫，行秋令則苦雨數來，五穀不熟」；又曰：「仲夏挺重囚

益其時行秋令，則草木零落，人傷於疫」；夫斷薄刑者，謂其輕罪已正，不欲令久繫，故時斷之也。臣愚以爲今孟夏之制，可從此令；其決獄案考，皆以立秋爲斷，以順時節，育成萬物，則天地以和，刑罪以清矣」。（註一二）

又明世宗嘉靖二年十二月，吏部侍郎何孟春論陳救災防患之術，其第一條說：

「唐德宗時陸贄上奏，聖人作則，皆以天地爲本，陰陽爲端。慶賞者，順陽之功，行於春夏；刑罰者，法陰之氣，用之秋冬，事或愆時，人必罹咎，典籍垂誡，言固不誣，天人符同，理當必應，既有繫于舒慘，是能致於災祥，雖天所降沴，不在郊畿，然海內爲家，無論遐邇，願滌瑕以德，消沴以和，威惠之相濟合宜，陰陽之運行自序。臣惟今日賞多濫得，罰失公平；可用之財，未歸藏府，最彰之罪，弗正典刑；以月令推之，愆時咎徵，水旱並臻，良有攸自。贄所謂慶賞刑罰者，惟聖明留意」。（註一三）

以上諸史記載的事實，都可證明兩千多年來都奉禮記月令篇爲「天經地義」，但也不能說完全沒有反動，如沈家本歷代刑法考所舉隋文帝的一例，如說：

「帝嘗發怒，六月欲棒殺人，大理少卿趙綽固爭曰：「季夏之月，天地成長庶類，不可以此誅殺」。帝報曰「六月雖曰生長，此時必有雷霆；天道既於炎陽之時震其威怒；我則天而行，有何不可」？遂殺之」。（註一四）

文帝謬；君其言不足爲訓；所以胡寅批評他說：

「……憲大者以慶賞法春夏，以刑威法秋冬，而雨露猶人君之惠澤，雷霆猶人君之號令，生成萬物之時固有雷霆；而雷霆未嘗殺物隋文取則雷霆而乘怒殺人；其違天多矣」。（註一五）

但「秋冬始能行刑」畢竟是中國歷代根深蒂固的一種迷信謬說；所以唐代思想家柳宗元所作斷刑論就起而痛論其失；如說：

「夫聖人之爲賞罰者非他，所以懲勸者也。賞務速而後有勸；罰務速而後有懲；必曰賞以春夏；刑以秋冬而謂之至理者僞也。使秋冬爲善；必俟春夏而後賞；則爲善者必怠；春夏爲不善；必俟秋冬而後罰；則爲不善者必懈；爲善者怠；爲不善者懈；是敺天下之人而入於罪；又緩而慢之；以滋其懈怠；此刑之所以不措也必使爲善者不越月踰時而得其賞；則人勇而有勸焉；

爲不善者不越月踰時而得其罰；則人懼而有懲焉；爲善者日以有勸；爲不善者日以有懲；是毆天下之人而從善遠罪也；毆天下之人而從善遠罪；是刑所以措而化所以成也。

「或者務言天而不言人，是惑於道者也；胡不謀之人心以熟吾道？吾道之盡而人化矣；是責者焉能與吾事而暇知之哉？果以爲天時之可得順；大和之可得致；則全吾道而得之矣；全吾道而不得者；非所謂天也，非所謂大和也；是亦必無而已矣！又何必枉吾之道；曲順其時以諂是物哉？吾固知順時之得天；不如順人順道之得天也；何也？使犯死者自春而窮其辭；欲死不可得；貫三木加連鎖而致之獄吏；大暑數月痒不得搔；痺不得搖；痛不得摩；飢不得時而食；渴不得時而飲；目不得瞑；支不得舒；怨號之聲聞於里人；如是而大和之不傷；天時之不逆；是亦必無而已矣；彼其所宜得者死而已；又若是焉何哉？

「或者乃以雪霜者，天之經也；雷霆者，天之權也；非常之罪不時可以殺，人之權也；當刑者必順時而殺，人之經也。是不然；夫雷霆雪霜者；特一氣耳；非有心於物者也；聖人有心於物者也春夏之有雷霆也；或發而震破巨石；裂大木；木石豈爲非常罪也哉？秋冬之有霜雪也；舉草木

而殘之草木豈有非常罪也哉？彼豈有慾於物也哉？彼無所懲，則效之者惑也。……」（註一六）這些理由都極其明切犀利；但自董仲舒諸人以來，儒家在社會上的勢力已難動搖；所以柳說竟不生效。

（註一）九朝律考上册總目第二頁

（註二）參看中國法律發達史上册第十章第二百十七頁、第二百二十九頁，又第十二章第二百六十九頁。

（註三）大學衍義補卷之一百七「治國平天下之要」「愼刑憲」「順天時之令」，日本刻板第十五頁。

（註四）無刑錄卷十六感召佐伯復堂氏譯註本下卷第六三九、六四〇兩頁。

（註五）大學衍義補第十八頁

（註六）嘉慶會典卷四十四

（註七）無刑錄卷十六，譯註本第六四四頁所引。

（註八）嘉慶會典卷四十四。

（註九）清國行政法第四編裁判制度，中譯本第八〇三頁。

（註一〇）大學衍義補第十九頁。

（註一一）前書第二十頁。

(註一二)無刑錄卷十六所引，譯註本第六八一、二兩頁。

(註一三)前書第七四二頁所引。

(註一四)歷代刑法考總考第三卷第十四頁，吳經熊博士法律哲學研究第六頁將隋文帝的故事作隋煬帝大誤。

(註一五)大學衍義補第二十一頁所引。

(註一六)河東集卷三。

陰陽五行說在法律上所發生的影響已如上所述，還有「禁忌思想」也很値得注意，所謂「禁忌思想」即相當於英文的taboo，所謂對於或種人物應「敬而遠之」，否則即罹災害；這種思想世界不論何種民族國家都曾有過，現只就中國法律上所表現的來說兩千多年來都以對帝室的禁忌最爲嚴厲；如——

第一、接觸的禁忌　法律上對侵入帝王住所認爲是「大不敬」，所以賈誼新書等齊篇就有說：

「天子宮門曰司馬，闌入者爲城旦；諸侯宮門曰司馬，闌入者爲城旦；殿門俱爲殿門，闌入之罪亦俱棄市」。

鄭玄注天官宮正「幾其出入」也說：

「幾其出入若今時宮中有罪禁止不得出，亦不得入，及無引籍不得入宮司馬殿門也」。

疏說：「司馬殿門者，漢宮殿門每門皆司馬二人守門，比千石，皆號司馬殿門也」。

魏律序略也說：

「但以言語及犯宗廟園陵，謂之大逆無道，要斬，家屬從坐，不及祖父母」。

後此的唐律卷第七衞禁律規定得更詳細，如：

「諸闌入太廟門及山陵兆域門者，徒二年。……

「諸闌入宮門，徒二年；殿門，徒二年半；持仗者各加二等。……

「諸登高臨宮中者，徒一年。……」

宋刑統卷第七衞禁律，大明律卷十三兵律宮衞，大淸律卷十八兵律宮衞也都如此。又不只對帝王的住所應該敬而遠之，即輿服御物也有其神聖不可侵犯性存在。蔡邕獨斷有說：

「天子車馬衣服器盛百物曰（按以上十一字今本獨斷脫，據孫奭律音義引補）乘輿，

出於律曰「敢盜乘輿服御物」，謂天子所服食者也天子至尊；不敢渫瀆言之；故託之於乘輿……」

前漢書張釋之傳卽有記載說：

「……其後人有盜高廟座前玉環得，（顏注：「得者，盜環之人爲吏所捕得也」）。文帝怒，下廷尉治案，盜宗廟服御物者，奏當棄市上大怒曰：「人亡道，乃盜先帝器；吾屬廷尉者；欲致之族；而君以法奏之非吾所以共承宗廟意也」。釋之免冠頓首謝曰：「法如是足也，且罪等然以逆順爲基今盜宗廟器而族之，有如萬分一，假令愚民盜長陵一抔土；陛下且何以加其法虖」？文帝與太后言之，乃許廷尉當」。

魏志高柔傳也有說：

「是時殺禁地鹿者，身死，財產沒官。……」

册府元龜說：

「（晉）賈苞爲太廟吏，光熙中盜太廟靈衣及劍伏誅」。

後此唐律卷第十九賊盜三就規定——

「諸盜大祀神御之物者，流二千五百里。……

「諸盜御寶者絞。乘輿服御物者，流二千五百里。……」

宋刑統卷第十九第二十賊盜律並同唐律，元英宗大元通制盜賊又有規定：「諸盜乘輿服御器物者，不分首從，皆處死」。大明律卷十八刑律賊盜規定——

「凡盜大祀神祇御用祭器帷帳等物及盜饗薦玉帛牲牢饌具之屬者，皆斬。

「凡盜內府財物者，皆斬（原註——盜御寶及乘輿服御物皆是。）……

「凡盜園陵內樹木者，皆杖一百，徒三年。……」

大清律卷二十三刑律賊盜上並同大明律。

第二、稱謂的禁忌。　陳垣史諱舉例有說：「民國以前，凡文字上不得直書當代君主或所尊之名；倘遇當代君主或所尊之名，必須用其他方法以避之是之謂避諱。避諱為中國特有之風俗，其俗起於周，成於秦，盛於唐、宋，其歷史垂二千年，……」（註一）按陳氏說「避諱為中國

特有之風俗」，這是錯誤的；這種也只是「禁忌思想」之一，不限於中國纔有；就是亞、澳、非、美、歐各洲也都有。試看佛萊葸爾(Frazer)氏的金枝(Golden Bough, II. Taboo. Psychis Task)，斯賓塞爾(Spencer)氏的敍述的社會學(Descriptive Sociology)、社會學原理(Principles of Sociology)，泰勒爾(Taylor)氏的人類初史(Early History of Mankind)，甘拿甫(Gennep)氏馬達戛斯加的禁忌與圖騰(Taboo et Toterisme à Madagascar)諸書就可知道。避諱的事實遍於圜宇。中國古籍裏的避諱，如史記秦始皇本紀二十三年條：「秦王復召王翦使將擊荊」，正義說：「秦號楚爲荊者以莊襄王名子楚，諱之，故言荊也」。秦楚之際月表「端月注」索隱說：「秦諱正，謂之端」。但李斯傳有趙高詐爲始皇書賜公子扶蘇卻有說「居外不匡正」的話，是避諱還不很嚴厲；到了前漢，據漢書宣帝紀說：

「元康二年詔：「聞古天子之名，難知而易諱也。今百姓多上書觸諱以犯罪者，朕甚憐之；其更諱詢，諸觸諱在令前者，赦之」。

周壽昌補注說：

「上書觸諱犯罪，漢制無考」。

但齊書王慈傳卻有說：

「慈以朝堂諱榜，非古舊制，上表議廢，儀曹郎任昉議云「班諱之典爰自漢世；降及有晉，歷代無爽……」」

據任昉的話可見漢代卽有「班諱之典」再如石奮傳說：

「石建爲郎中令奏事下，奮讀之驚恐曰「書馬者與尾而五，今迺四，不足一，獲譴死矣」」。

這樣上書誤一字就怕譴死，那麼觸諱的罪當更不輕。到唐時「避諱」就有很詳明的規定，如唐六典禮部「郎中員外郎」條說：

「昊天、后土、天神、地祇、上帝、天帝、廟號、祧、皇祖妣、皇考、皇妣、先帝、先后、天子、陛下、至尊、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子，皆平出。

「宗廟、社稷、太社、太稷、神主、山陵、陵號、乘輿、車駕、制書、敕旨、明制、聖化、天恩、慈旨、中宮、御前、

闕廷、朝廷之類，並闕字」。

違犯「避諱」的刑事處分如唐律卷第十職制律中說：

「諸上書若奏事誤犯宗廟諱者，杖八十；口誤及餘文書誤犯者，笞五十；即爲名字觸犯者，徒三年。……」

宋刑統卷第十職制律同唐律，惟引當時的公式令說：

「諸寫經史羣書及撰錄舊事其文有犯國諱者，皆爲字不成」。

又金史章宗本紀有說：

「泰和元年三月辛巳勅官吏私文字避始祖以下廟諱小字，犯者論如律。……七月己巳初禁廟諱同音字」。

大明律卷三，大淸律卷七吏律公式並同唐律。

兩千年來，中國歷代帝王對人民的「接觸」和「稱謂」都加以如是的禁忌；所以充其極認「違反帝王」即等於「擾亂宇宙的秩序」，如唐律疏義名例律對「謀反」一辭的解釋說：

「案公羊傳云：「君親無將，將而必誅，謂將有逆心，而害於君父者，則必誅之」。左傳云：「天反時爲災，人反德爲亂」，然王者居宸極之至尊，奉上天之寶命，同二儀之覆載，作兆庶之父母；爲子爲臣惟忠惟孝，乃敢包藏凶慝，將起逆心，規反天常，悖逆人理，故曰謀反」。

這樣說來，謀反不但是觸犯政府，簡直是將整個宇宙擾亂；這是何等重大的罪孽；所以認爲是十惡之首；而爲維持君主的尊嚴起見；就不得不嚴厲其刑；比較那「喪師失地處斬」的還要加重除本身處斬刑外；子年十六以上者皆絞；十五以下及母女妻妾祖孫兄弟姊妹等並沒官；甚至異籍的伯叔父母兄弟之子也要流二千里；就可見這種思想是很可怕的了。

（註一）燕京學報第四期第五三七頁。

乙、德主刑輔說

「德主刑輔」是春秋孔子戰國孟子以來儒家一貫相傳的學說；秦亡漢興，陸賈在高祖時就進言說：

「天地之性，萬物之類，懷道者衆歸之；恃刑者民畏之；歸之則附其側；畏之則去其域；故設刑

者不厭輕爲德者不厭重，行罰者不患薄，布賞者不患厚，所以親近而致疏遠也。夫刑重者則身勞，事衆者則心煩，心煩者則刑罰縱橫而無所立；身勞者則百端迴邪，而無所就。是以君子之爲治也，塊然若無事，寂然若無聲，不言而信，不怒而威，豈恃堅甲利兵深刑刻法朝夕切切而行哉？夫持天地之政，操四海之綱，周旋不可以失度，動作不可以離道；謬誤出於口，則亂及萬里之外，況刑及無罪於獄，而殺及無辜於市乎」？（註一）

文帝時，賈誼上疏也有說：

「凡人之智能見已然，不能見將然；夫禮者禁於將然之前，而法者禁於已然之後；是故法之所用易見，而禮之所爲至難知也。若夫慶賞以勸善，刑罰以懲惡，先王執此之政，堅如金石；行此之令，信如四時；據此之公，無私如天地耳；豈顧不用哉？然而曰禮云禮云者，貴絕惡於未萌，而起教於微眇，使民日遷善遠罪而不自知也……人主之所積，在於取舍，以禮義治之者積禮義；以刑罰治之者積刑罰；刑罰積而民怨背，禮義積而民和親。故世主欲民之善同，而所以使民善者或異：或道之以德教，或敺之以法令；道之以德教者，德教洽而民氣樂；敺之以法令

者；法令極而民風哀；哀樂之感；禍福之應也。秦王之欲尊宗廟而安子孫，與湯武同，……湯武置天下於仁義禮樂；而德澤洽；禽獸草木廣裕；德被蠻貊四夷；累子孫數十世；此天下所共聞也。秦王置天下於法令刑罰；德澤亡一有，而怨毒盈於世；下憎惡之如仇讎；禍幾及身；此天下之所共見也；是非其明效大驗邪？……」（註二）

宣帝初即位，路溫舒上書說：

「……秦之時羞文學，好武勇，賤仁義之士；貴治獄之吏；正言者謂之誹謗，遏過者謂之妖言，故盛服先生不用于世，忠良切言皆鬱于胸，譽諛之聲日滿于耳，虛美熏心，實禍蔽塞，此乃秦之所以亡天下也。方今天下賴陛下恩厚，亡金革之危，饑寒之患，父子夫妻戮力安家，然太平未洽者，獄亂之也。夫獄者，天下之大命也，死者不可復生，絕者不可復屬，書曰：「與其殺不辜，寧失不經」，今治獄吏則不然，上下相敺，以刻爲明，深者獲公名，平者多後患，故治獄之吏皆欲人死；非憎人也，自安之道在人之死。……此仁聖之所以傷也；太平之未洽，凡以此也。夫人情安則樂生，痛則思死；捶楚之下，何求而不得？故囚人不勝痛，則飾辭以視之；吏治者利其然，

則指導以明之；上奏畏卻，則鍛鍊而周內之，蓋奏當之成，雖咎繇聽之，猶以爲死有餘辜，何則？成練者衆，文致之罪明也。是以獄吏專爲深刻，殘賊而亡極，媮爲一切，不顧國患，此世之大賊也。故俗語曰：「畫地爲獄議不入，刻木爲吏期不對」，此皆疾吏之風，悲痛之辭也。故天下之患，莫深於獄；敗法亂正，離親塞道，莫甚乎治獄之吏，此所謂一尚存者也……唯陛下除誹謗以招切言，開天下之口，廣箴諫之路，掃亡秦之失，尊文武之德，省法制，寬刑罰，以廢治獄，則太平之風，可興于世，永履和樂，與天亡極……」（註三）

這都是痛惡秦代重刑而主張以德治天下的言論。還有桓寬所著的鹽鐵論記載漢代儒徒和法吏的辯論，頗足窺見當時思潮的一斑。如疾貪篇記——

「大夫曰：「賢不肖有質，而貪鄙有性，君子內潔己而不能純教於彼，故周公非不正管、蔡之邪，子產非不正鄧析之僞也。夫內不從父兄之教，外不畏刑法之罪，周公、子產不能化，必也。今一二則責之有司，有司豈能縛其手足而使之無爲非哉」」

這是法吏的見解，再看儒徒如何？

「賢良曰：「馭馬不馴，御者之過也；百姓不治，有司之罪也。春秋刺譏不及庶人，責其率也，故古者大夫將臨刑，聲色不御，刑已當矣，猶三巡而嗟歎之，其恥不能以化而傷其不全也。政教闇而不著，百姓顛蹶而不扶，猶赤子臨井焉，聽其入也。若此，則何以爲民父母？故君子急於教，緩於刑。刑一而正百，殺一而愼萬，是以周公誅管、蔡，而子產誅鄧析也。刑誅一族，民遵禮義矣，夫上之化下，若風之靡草，無不從教。何一一而縛之也」」？

此外又如後刑篇記——

「大夫曰「古之君子善善而惡惡，人君不畜惡民，農夫不畜無用之苗，苗之害也；無用之民，民之賊也。鉏一害而衆苗成，刑一惡而萬民悅，雖周公、孔子不能釋刑而用惡。家之有鉏子，器皿不居，況鉏民乎？民者教於愛而聽刑，故刑所以正名，鉏所以別苗也」。

「賢良曰「古者篤教以導民，明辟以正刑，刑之於治，猶策之於御也。良工不能無策而御，有策而勿用，聖人假法以成教，教成而刑不施。故威厲而不殺，刑設而不犯。今廢其紀綱而不能張，壞其禮義而不能坊，民陷於罔從而獵之以刑，是猶開其闌牢，發以毒矢也。不盡不止。曾子

曰：「上失其道，民散久矣，如得其情，卽哀矜而勿喜」。夫不傷民之不治，而伐已之能得姦，猶弋者覩鳥獸掛罻羅而喜也。今天下之被誅者，不必有管、蔡之邪，鄧析之僞，恐苗盡而不別民欺而不治也。孔子曰：「人而不仁，疾之已甚亂也」。故民亂反之政，政亂反之身，身正而天下定。是以君子嘉善而矜不能，恩及刑人，德潤窮夫，施惠說爾，行刑不樂也」」。

刑德篇記——

「文學曰：「法者緣人情而制，非設罪以陷人也。故春秋之治獄，論心定罪，志善而違於法者免，志惡而合於法者，誅；念傷民未有所害，志不甚惡而合於法者，謂盜而傷人者耶？將執法者過耶？何於人心不厭也。古者傷人有創者刑，盜有贓者罰，殺人者死。今取兵刃以傷人罪與殺人同，得無非其至意歟」」？大夫俛仰未應對。

「秦使趙高執輿而覆其車，今廢仁義之術而任刑名之徒，則復吳秦之事也。夫爲君者法三王，爲相者法周公，爲術者法孔子，此百世不易之道也。韓非非先王而不遵，舍正令而不從，卒蹈陷穽，身幽囚，客死於秦。本夫不通大道，而小辯斯足以害其身而已矣」。

申韓篇記——

「文學曰：「法能刑人而不能使人廉；能殺人而不能使人仁。所貴良醫者，貴其審消息而退邪氣也，非貴其下鍼石而鑽肌膚也。所貴良吏者，貴其絕惡於未萌，使之不爲非，非貴其拘之囹圄而刑殺之也。今之所謂良吏者，文察則以禍其民，強力則以厲其下，不本法之所由生，而專己之殘心，文誅假法，以陷不辜，累無罪，以子及父，以弟及兄，一人有罪，州里驚駭，十家奔亡，若癰疽之相濘，色淫之相連，一節動而百枝搖。……」」

周秦篇記——

「文學曰：「紂爲炮烙之刑，而秦有收孥之法，趙高以峻文決罪於內，百官以峭法斷割於外，死者相枕席，刑者相望，百姓側目重足，不寒而慄。詩云：「謂天蓋高，不敢不局；謂地蓋厚，不敢不蹐。」哀今之人，胡爲虺蜥？」方此之時，豈特冒火蹈刃哉？然父子相背，兄弟相慢，至於骨肉相殘，上下相殺，非刑輕而罰不必，令太嚴而仁恩不施，故政寬則下親上，政嚴則民謀主。晉厲以幽，二世見殺，惡在峻法之不犯，嚴家之無悍虜也？聖人知之，是以務恩而不務威。故高皇帝約

秦苛法，慰怨毒之民，而長和睦之心，惟恐刑之重而德之薄也是以施恩無窮澤流後世；商鞅、吳起以秦、楚之法爲輕而累之，上危其主下沒其身，或非特慈母乎」？

大論篇記——

「大夫曰：「……夫治民者，若大匠之斵斧斤，而行之中繩則止，繩之以法，斷之以刑，然後寇止姦禁；故射者因勢；治者因法；虞夏以質殷周以文異時各有所施；今欲以敎朴之時治抗弊之民，是猶遷延而拯溺；揖讓而救火也」。

文學曰：「文王興而民好善，幽、厲興而民好暴，非性之殊，風俗使然也。故商、周之所以昌，桀、紂之所以亡也。……以簺楚正亂，以刀筆正文，古之所謂賊也，今之所謂賢也」。

大夫曰：「俗非唐、虞之時，而世非許由之民，而欲廢法以治，是猶不用檃栝斧斤欲撓曲直枉也。故爲治者不待自善之民，爲輪者不待自曲之木。……」

文學曰：「殘材木以成室屋者，非良匠也；殘民人而欲治者，非良吏也；故公輸子因木之宜聖人不費民之性；是以斧斤簡用；刑罰不任；政立而化成扁鵲攻於腠理，絕邪氣故癰疽不得成

形；聖人從事於未然，故亂原無由生，是以砭石藏而不施，法令設而不用；斷已然，鑿已發者，凡人也；治未形，覩未萌者，君子也」。

據以上所引諸節看來，法吏堅主「法治」「法足以應時代的要求」……差不多都是衍戰國時代法家的餘緒；但經過這一場大論戰之後，兩千多年以來就算有很少主持「法治」的人（詳後）但已非法家的眞面目；所以還是儒家的「禮治」或「德主刑輔」說最爲得勢。大小戴禮記可以說是西漢儒者的道德哲學總集，大戴禮記禮察論刑罰的起源說：

「凡人之知，能見已然，不能見將然。禮者，禁將然之前；而法者，禁於已然之後。是故法之用易見，而禮之所爲生難知也。……禮云禮云，貴絕惡於未萌，而起敬於微眇，使民日徙善遠惡而不自知也。孔子曰：「聽訟吾猶人也，必也使無訟乎？」」（按此節同賈誼疏）

「婚姻之禮廢，則夫婦之道苦，而淫辟之罪多矣。鄉飲酒之禮廢，則長幼之序失，而爭鬭之獄繁矣。聘射之禮廢，則諸侯之行惡，而盈溢之敗起矣。喪祭之禮廢，則臣子之恩薄，而倍死忘生之禮衆矣」。

這是說犯罪起源於「失禮」所以盛德篇就說：

「刑罰之所從生有源，不務塞其源而務刑殺之，是爲民設陷以賊之也……」

又說：

「……凡民之爲姦邪竊盜，歷法妄行者，生於不足，不足生於無度量也。……故有姦邪竊盜歷法妄行之獄，則飾度量也。凡不孝生於不仁愛也，不仁愛生於喪祭之禮不明。……故有不孝之獄，則飾喪祭之禮。凡弒上生於義不明，……朝聘之禮所以明義也，故有弒獄，則飾朝聘之禮也。凡鬪辨生於相侵陵也，相侵陵生於長幼無序，而教以敬讓也；故有鬪辨之獄，則飾鄉飲酒之禮也。凡淫亂生於男女無別，夫婦無義；婚禮享聘者，所以別男女，明夫婦之義也故有淫亂之獄，則飾婚禮享聘也」。

又說：

「刑罰之源，生於嗜欲好惡不節：故明堂，天法也；禮度，德法也；所以御民之嗜欲好惡，以愼天法，以成德法也。刑法者，所以威不行德法者也」。

又說：

「德法者，御民之銜也；吏者轡也，刑者筴也，天子御者，內史太史左右手也」。

小戴記緇衣也說：

「子曰：「好賢如緇衣，惡惡如巷伯，則爵不瀆而民作愿，刑不試而民咸服」」。

又說：

「君民者子以愛之，則民親之；信以結之，則民不倍；恭以涖之，則民有孫心。甫刑曰：「苗民匪用命，制以刑，惟作五虐之刑，曰法」。是以民有惡德而遂絕其世也」。

到了劉向所著的說苑政理篇就特別擡高儒家「德治主義」的地位如說：

「政有三品：王者之政化之；霸者之政威之；強者之政脅之；夫此三者各有所施，而化之爲貴矣。夫化之不變，而後威之；威之不變，而後脅之；脅之不變，而後刑之；夫至於刑者，則非王者之所得已也；是以聖王先德教而後刑罰」。

又說：

「治國有二機，刑德是也。王者尚其德而布其刑；霸者刑德並湊；強國先其刑而後德。夫刑德者，化之所由興也。德者，養善而進闕者也；刑者懲惡而禁後者也；故德化之崇者至於賞，刑罰之甚者至於誅。……」

由前漢到王莽執政，「德治主義」發生一大變化；王莽是中國歷史上空前未有的一個欲託古改變社會一切根本組織的犧牲者，他頗能由社會經濟的不平等進而推論犯罪的來源；而以「土地國有」「均產」「廢奴」爲消滅犯罪的治本方法。據漢書本傳說：

「莽曰「……漢氏……三十而稅一，常有更賦，能癃咸出，而豪民侵陵，分田刼假，厥名三十稅一，實什稅五也。父子夫婦終年耕芸所得不足以自存。故富者犬馬餘粟；驕而爲邪；貧者不厭糟糠窮而爲姦；俱陷于辜；刑用不錯；今更名天下田曰「王田」，奴婢曰「私屬」，皆不得賣買。……」」

但是事與願違；結果是「農商失業，食貨俱廢，民人至涕泣於市道，及坐賣買田宅奴婢鑄錢；自諸侯卿大夫至於庶民抵罪者不可勝數！」（食貨志同）到了東漢光武帝承王莽社會革命失敗之後，

頗有恢復西漢舊觀的反動趨勢。後漢書循吏傳序有說：

「初光武長于民間，頗達情僞，見稼穡艱難，百姓病害，至天下已定，務用安靜，解王莽之繁密，還漢世之輕法」。

這樣，仁厚的德化主義便又擡頭。建武十四年，「羣臣上言，古者肉刑嚴重，則人畏法令，今憲律輕薄，故姦軌不勝，宜增科禁，以防其源。詔下公卿，杜林奏曰：

「古之明王，深識遠慮，動居其厚，不務多辟；周之五刑不過三千，大漢初興，詳覽得失，破矩爲圓，斲雕爲樸，蠲除苛政，更立疏網，海內歡欣，人懷寬德，及至其後，漸已滋章，吹毛索疵，詆欺無限，果桃菜茹之饋，集以成贓；小事無妨於義，以爲大戮，故國無廉士，家無全行，至於法不能禁，令不能止，上下相遁，爲敝彌深，臣愚以爲宜如舊制」。

帝從之」。又章帝時，「承永平（明帝年號）故事，吏政尚嚴切，尚書陳寵以帝新即位，宜改前世苛俗，乃上疏曰：

「臣聞先王之政，賞不僭，刑不濫，與其不得已，寧僭不濫，故唐堯著典，眚災肆赦；周公作戒，勿

誤庶獄；伯夷之典，惟敬五刑，以成三德；由此言之，聖賢之政以刑罰為首，往者斷獄嚴明，所以威懲姦慝，姦慝既平，必宜濟之以寬，陛下即位，率由此義，數詔羣僚，弘崇晏晏，而有司執事，未悉奉承典刑，用法猶尙深刻，斷獄者急於箠格酷烈之痛，執憲者煩於抵欺放濫之文，或因公行私，逞縱威福。夫為政猶張琴瑟，大弦急者小弦絕，故子貢非臧孫之猛法，而美鄭喬之仁政。詩云「不剛不柔，布政優優」，方今聖德充塞，假于上下，宜隆先王之道，蕩滌煩苛之法，輕薄箠楚以濟羣生，全廣至德以奉天心」」。（註四）

章帝敬納寵言，每事務於寬厚，幾代以「法學」傳家的陳寵尙且如此，別的便可想見其時對「法律」純粹抱持儒家思想的還要算漢書的作者班固，他所著的白虎通德論卷四有說：

「……聖人治天下，必有刑罰何？所以佐德助治，順天之度也，故懸賞者，示有勸也；設刑罰者，明有所懼也。……」

最顯著的例還是如前漢書酷吏傳序贊所說：

「孔子曰「道之以刑，齊之以政，民免而無恥；道之以德，齊之以禮，有恥且格」。……法令者治

之具，而非制治淸濁之源也。昔天下之罔嘗密矣，然姦軌愈起，其極也上下相遁，至于不振，當是之時，吏治若救火揚沸，非武健嚴酷惡能勝其任而愉快乎？言道德者溺於職矣，故曰：「聽訟吾猶人也，必也使無訟乎」？下士聞道大笑之，非虛言也。漢興破觚而爲圜，斲琱而爲樸，號爲罔漏呑舟之魚，而吏治蒸蒸，不至於姦，黎民艾安。由是觀之，在彼不在此。……」

刑法志尤能闡發感化主義的刑罰，如說：

「孔子曰：「如有王者，必世而後仁，善人爲國百年，可以勝殘去殺矣」。言聖王承衰撥亂而起，被民以德教，變而化之，必世然後仁道成焉。至於善人不入於室，然猶百年勝殘去殺矣。此爲國者之程式也。今漢道至聖，歷世二百餘載，考自昭、宣、元、成、哀、平六世之間，斷獄殊死率歲千餘口而一人，古人有言曰：「滿堂而飲酒，有一人鄉隅而悲泣，則一堂皆爲之不樂」，王者之於天下，譬猶一堂之上也，故一人不得其平，爲之悽愴於心。今郡國被刑而死者，歲以萬數，天下獄二千餘所，其冤死者多少相覆，獄不減一人，此和氣所以未洽者也。原獄刑所以蕃若此者，禮教不立，刑法不明，民多貧窮，豪傑務私，姦不輒得，獄犴不平之所致也。書曰：「伯夷降

典，哲民惟刑」。（師古曰：「周書甫刑之辭也。哲，知也，言伯夷下禮法以道人，人習知禮，然後用刑也」）言制禮以止獄，猶隄之防溢水也。今隄防陵遲，禮制未立；死刑過制，生刑易犯；饑寒並至，窮斯濫溢；豪傑擅私，爲之囊橐，姦有所隱，則狃而寖廣：此刑之所以蕃也。孔子曰：「古之知法者，能省刑，本也；今之知法者，不失有罪，末矣」。（師古曰：「省謂減除之，絕於未然，故曰本也。不失有罪，事止聽訟，所以爲末」）。又曰：「今之聽獄者，求所以殺之；古之聽獄者，求所以生之；與其殺不辜，寧失有罪」。今之獄吏上下相驅，以刻爲明，深者獲公名，平者多後患，諺曰：「鬻棺者欲歲之疫，非憎人欲殺之，利在於人死也」。今治獄吏欲陷害人，亦猶此矣。是以罔密而姦不塞，刑蕃而民愈慢，必世而未仁，百年而不勝殘，誠以禮樂闕而刑不正也。豈宜惟思所以清原正本之論」。

東漢末葉這種法律上的德化思想因當時儒者忝辱高位以優柔爲治，以致綱紀廢弛；憂時的人士就不像往日的高談禮教，也注意到「法治」有「救時」的功效。但這並不是說回轉到戰國時「法家」的面目，不過以爲「法治」也是不應該漠視罷了。時代較早一點的思想家王充所著的論衡

八十五篇就是對一般「拘泥守文多失其眞」的「俗儒」痛下針砭；他的全書眞能解釋物類的同異，糾正時俗的嫌疑；對宇宙間的萬事萬物都想一一考核其眞象；所以和綜核名實的學問很相接近。因此他對同時或後世的學者都有相當的影響。他的論衡治期篇有說：

「世謂古人君賢，則道德施行，施行則功成治安；人君不肖，則道德頓廢，頓廢則功敗治亂。古今論者，莫謂不然，何則？見堯、舜聖賢致太平，桀、紂無道致亂得誅，如實論之，命期自然，非德化也。……」

這段話似乎是否認「德治」而以世的治亂是由於「命運使然」；但他在非韓篇另有說：

「治國猶治身也；治一身省恩德之行，多傷害之操，則交黨疏絕，恥辱至身；推治身以況治國，治國之道當任德也。韓子任刑，獨以治世，是則治身之人任傷害也。韓子豈不知任德之爲善哉？以爲世衰事變，民心靡薄，故作法術，專意於刑也；夫世不乏於德，猶歲不絕於春也。謂世衰難以德治，可謂歲亂不可以春生乎？人君治一國，猶天地生萬物；天地不爲亂歲去春，人君不以衰世屛德。孔子曰：「三代所以直道而行也」。

「周穆王之世可謂衰矣，任刑治政，亂而無功，甫侯諫之穆王存德享國久長功傳於世夫穆王之治，初亂終治，非知昏於前，才妙於後也，前任蚩尤之刑後用甫侯之言也夫治人不能捨恩；治國不能廢德治物不能去春韓子欲獨任刑用誅如何？……」

王充雖是一個不從傳統的儒家學說所範圍的一個大思想家但他對於法律上的見解可就完全和儒家一鼻孔出氣此外如王符著潛夫論三十餘卷也是「指訐時短討謫物情」的他極稱揚「法治」的好處如衰制第二十說：

「無慢制而成天下者，三皇也；畫則象而化四表者，五帝也；明法禁而和海內者，三王也行賞罰而濟萬民者，治國也；君立法而下不行者，亂國也；臣作政而君不制者，亡國也。是故民之所以不亂者，上有吏吏之所以無姦者，官有法；法之所以順行者，國有君也；君之所以位尊，身有義。身有義者，君之政也；法者，君之命也；人君思政以出令，而貴賤賢愚莫可得違也，則君位於上，而民氓治於下矣。……夫法令者人君之銜轡箠策也，而民者，君之輿馬也。……是故妄違法之吏；妄造令之臣不可不誅也議者將以爲刑殺當不用而德化可獨任；此非變通者之論

也。非叔世者之言也。夫上聖不過堯舜，而放四子；盛德不過文武，而赫斯怒。詩云：「君子如怒，亂庶遄沮；君子如恥，亂庶遄已」，是故君子之有喜怒也，善以止亂也，故有以誅止殺，以刑禦殘。且夫治世者若登邱矣，必先蹠其卑者，然後乃得履其高，是故先致治國，然後三皇之政乃可施也；道齊三王，然後五帝之化乃可行也；道齊五帝，然後三皇之道乃可從也。……」

斷訟第十九有說：

「五代不同禮，三家不同教，非其苟相反也，蓋世推移而俗化異也。俗化異則亂原殊，故三家符世，皆革定法；高祖制三章之約，孝文除克膚之刑，是故自非殺傷盜賊及罪之法，輕重無常；各隨時宜，要取足勸善消惡而已。夫制法之意，若爲藩籬溝塹以有防矣；擇禽獸之尤可數犯者，而加深厚焉。……今一歲斷獄，雖以萬計，然辭訟之辨，鬬賊之發，鄉部之治，獄官之治者，其狀一也，本皆起民不誠信而數相欺紿也。……乃欲絕詐欺之端，必國家法防禍亂之原以利民也，故一人伏正罪而家豪乎福者，聖主行之不疑。……今欲變巧僞以崇美化，息辭訟以閑官事者，莫若表顯有行，痛誅無狀，導文武之法，明詭詐之信。……」

王符立言在救時弊自然和迂儒酷吏不同但不應說他就是「法家」和王符思想接近的又有崔寔，他是「明于政體吏才有餘」所以論當世便事幾十條，撰成政論一書，現據馬端臨文獻通考所引他這書的話有說：

「凡爲天下者自非上德嚴之則治寬之則亂何以明其然也？近孝宣皇帝明於君人之道審爲政之理；故嚴刑峻法破姦宄之膽；海內淸肅天下密如算計見效優於孝文及元帝卽位，多行寬政，卒以墮損，威權始奪，遂爲漢室基禍之主，政道得失，於此可監。夫刑罰者治亂之藥石；德政者興平之粱肉也；夫以德政除殘；是以粱肉治疾也以刑罰治平；是以藥石供養也方今承百王之敝，値尼運之會，自數世以來，政多恩貸，馭委其輿，馬駘其銜，四牧橫奔，皇路險傾，方將拑勒鞬輈以救之，豈暇鳴和鑾諧節奏哉？昔文帝除肉刑，當斬右趾者棄市，笞者往往致死，是文帝以嚴致平，非以寬治平也」。（註五）

看他文裏所說「以刑罰理平是以藥石供養」的話就可知道他不是完全「捨儒術而尚法家」他是急於「救世」罷了崔寔而後，有應劭、荀悅、仲長統諸人。應劭所著風俗通，辨物名以釋物疑綜

核名實，略似王充的論衡，但關於法律思想方面的資料很少，現引二節如下：——

「易說天先春而後秋，地先生而後凋，日月先光而後幽，是以王者則之，亦先教而後刑。三皇結繩，五帝畫象，三王肉刑，五霸黠巧，此言步驟稍有優劣也」。（註六）

「謹案律者法也，咎、陶、謨、虞始造律，蕭何成九章，此關諸百王不易之道也。時所制曰令，漢書著於甲令。夫吏者治也；當先自正；然後正人；故文書下說律令；言當承憲履繩；動不失律令也」。（註七）

荀悅所著有申鑒、漢紀、崇德正論等書，他的法律思想始終是儒家的德治主義。他的申鑒政體第一說：

「……惟慎庶獄，以昭人情，天地之大道曰生，萬物之大極曰死，死者不可以生，刑者不可以復，故先王之刑也，官師以成之，棘槐以斷之，情訊以寬之，朝市以共之，矜哀以恤之，刑斯斷，樂不舉，慎之至也，刑哉刑哉，其慎矣夫」。

時事第二說：

「問德刑並用，常典也，或先或後時宜刑，教不行勢極也。教初必簡，刑始必略，事漸也。教化之隆，莫不興行，然後責備：刑法之定，莫不避罪，然後求密；未可以備，謂之虛教；未可以密，謂之峻刑；虛教傷化，峻刑害民；君子弗由也。設必違之教，不量民力之未能，是招民於惡也，故謂之傷化。設必犯之法，不度民情之不堪，是陷民於罪；故謂之害民。莫不興行，則一毫之善可得而勸也；然後教備；莫不避罪，則纖介之惡可得而禁也；然後刑密……」

雜言下第五說：

「或曰「善惡皆性也，則法教何施」？曰「性雖善；待教而成；性雖惡；待法而消。惟上智下智不移，其次善惡交爭，於教扶其善，法抑其惡；得施之九品，從教者半；畏刑者四分之三；其不移大數九分之一也；一分之中又有微移者矣；然則法教之於民化也見盡之矣。及法教之失也；其爲亂亦如之」。

仲長統所著昌言三十四篇十餘萬言，多已散失，羣書治要錄昌言的一段說：

「德教者，人君之常任也；而刑罰爲佐助焉。古之聖帝明王，所以能親百姓，訓五品，和萬邦，蕃

黎民召天地之嘉應，降鬼神之吉靈者，實德。是。爲。而非。刑。之。攸。致。也。至於革命之期運，非征伐用兵則不能定其業，姦宄之成羣，非嚴刑峻法，則不能破其黨，時勢不同，所用之數亦宜異也。……」

他這話也是「德。主。刑。輔。」的。說。法；三人而外還有徐幹，他所著中論第十二有說：

「……昔聖王之治其民也，任之以九職，糾之以八刑，導之以五禮，訓之以六樂，教之以三物，習之以六容，使民勞而不至於困，逸而不至於荒」。

賞罰第十九說：

「政之大綱有二，二者何也？賞罰之謂也，人君明乎賞罰之道則治不難矣。夫賞罰者，不在乎必重而在於必行；必行則雖不重而民戒，不行則雖重而民怠，故先王務賞罰之必行。書曰：「爾無不信，朕不食言，爾不從誓言，予則孥戮汝，罔有攸赦」。天生蒸民，其性一也：刻肌虧體，所同惡也；被文垂藻，所同好也；此二者常存而民不治其身，有由然也。當賞者不賞，當罰者不罰。夫當賞者不賞，則爲善者失其本，望而疑其所行；當罰者不罰，則爲惡者輕其國法，而怙其

所守；苟如是也，雖日用斧鉞于市民，不去惡矣；日錫爵祿於朝，而民不興善矣；是以聖人不敢以親戚之恩而廢刑罰，不敢以怨讎之忿而廢慶賞，夫何故哉？將以有救也。故司馬法曰：「賞罰不踰時」，欲使民速見善惡之報也。踰時且猶不可，而況廢之者乎？賞罰不可以疏，亦不可以數，數則所及者多，疏則所漏者多。賞罰不可以重，亦不可以輕；賞輕則民不勸，罰輕則民亡懼；賞重則民徼倖，罰重則民無聊（一作不聊生）。故先王明庶以德之，思中以平之，而不失其節。故書曰：「罔非在中，察辭於差」，夫賞罰之於萬民，猶轡策之於驅馬也。轡策不調，非徒遲速之分也，至於覆車而摧轅。賞罰之不明也，則非徒治亂之分也，至於滅國喪身，可不慎乎？可不慎乎？故詩云：「執轡如組，兩驂如舞」，言善御之可以爲國也」。

這些主張也和王符等人相差不多。到了三國時代劉廙著先刑後禮論，他的「同郡謝景稱之於陸遜，遜呵景曰：

「禮之長於刑久矣，廙以細辨而詭先聖之教，君侍東宮，宜遵仁義以彰德音，若彼之談，不須講也」」。（註八）

丁儀也著刑禮論，用歷史進化的眼光研究「刑」「禮」效力的限度；藝文類聚引他的原文說：

「天垂象，聖人則之。天之爲歲也，先春而後秋；君之爲治也，先禮而後刑。春以生長爲德，秋以殺戮爲功；禮以教訓爲美，刑以威嚴爲用。故先生而後殺，天之爲歲；先教而後罰，君之爲治也。天不以久遠更其春冬，而人也得以古今改其禮刑哉？太古之世，民故質樸，質樸之民，宜其易化，是以中古之君子或結繩以治，或象刑惟明。夏后肉辟，民轉姦詐，刑彌滋繁，禮亦如之。由斯言之，古之刑省，禮亦宜略，今所論辨，雖出傳記之前，夫流東源不得西，景正形不得傾，自然之勢也。後世禮刑俱先於前，先後之宜，故自有常。今夫先刑者，用其末也；由禮禁未然之前，謂難明之禮，古人不能行也。案如所云，禮嫂叔不親之屬也，非太古之禮也，所云禮者，豈此也哉？古者民少而獸多，未有所爭，民無患則無所思，故未有君焉；後民禍多，強暴弱，於是有賢人焉，平其多少，均其有無，推逸取勞，以身先之，民獲其利，歸而樂之，樂之得爲君焉。夫刑之記君也，精具筋力，民畏其強而不敢校，得爲君也，恐上古未具刑罪之品，設逋亡之法，懼彼爲我而以勇力侵暴，於己能與則校，不能歸奉之明矣。且上古之時，賊耳，非所謂君也。上古雖質，宜所以爲

；君會當先別男女；定夫婦；分地土；班食物；此先以禮也；夫婦定而後禁淫焉；貨物正而後止竊：此後刑也」。

王粲所著儒吏篇有說：

「……至乎末世，……執法之吏，不闚先王之典；搢紳之儒，不通律令之要。彼刀筆之吏，豈生而察刻哉？起於几案之下，長於官曹之間，無温裕文雅以自潤，雖欲無察刻，弗能得矣。竹帛之儒，豈生而迂緩也？起於講堂之上，遊於鄉校之中，不嚴猛斷割以自裁，雖欲不迂緩，弗能得矣。先王見其如此也；是以博陳其教，輔和民性；達其所壅；祛其所蔽；吏服雅訓，儒通文法；故能寬猛相濟，剛柔自克也」。

這所說的歸着點仍是「德化」；務本篇又從農村經濟的立腳點說：

「……古者之理國也，以本爲務，八政之於民也，以食爲首。……故仰伺星辰，以審其時；俯耕籍田，以率其力；封祀農稷，以神其事；祈穀報年，以寵其功；設農師以監之，置田畯以董之，黍稷。茂則喜而受賞，田不墾則怒而加罰；都不得有游民，室不得有懸耜，野積踰多，奪者無罪，場功

過限，耦者不行，所以競之於閑曠也。先王籍田以力，任力以夫，議其老幼，度其遠近，種有常時，耘有常節，收有常期，此賞罰之本。種不當時，耘不及節，收不應期者，必加其罰；苗實踰等，必加其賞也。……」

難鍾荀刑措論是進一步對迷信過去只有「禮」無「刑」的黃金時代而發的，如說：

「聖莫盛于堯，而洪水方割，丹朱淫虐，四族凶佞矣；帝舜因之，而三苗畔戾矣；禹因防風爲戮矣；此三聖古之所大稱也，繼踵相承，且二百年，而刑罰未嘗一世而乏也。然則此三聖能平，則何世能致之乎？孔子稱曰：「惟上智與下愚不移」。不移者，丹朱四凶三苗之謂也。當紂之世，殷罔不小大好草竊奸宄，周公之不能化殷之頑民，所可知也。苟不可移，必或犯罪，罪而弗刑，是失所也；犯而刑之，刑不可措矣。孟軻有言：「盡信書不如無書」，有大而言之者，刑措之屬也。豈億兆之民歷數十年而無一人犯罪，一物失所哉？謂之無者，蓋信書之謂也」。

晉葛洪所著抱朴子一書也有論「德教」和「刑罰」的文章，如外篇用刑卷第十四說：

「……夫德教者，黼黻之祭服也；刑罰者，捍刃之甲冑也。若德教治狡暴，猶以黼黻御剡鋒也；

以刑罰施平世，是以甲冑升廟堂也。故仁者養物之器；刑者懲非之具；我欲利之，而彼欲害之；加仁無悛，非刑不治，刑爲仁佐，於是可知也。……仁之爲政，非爲不美也？然黎庶巧僞，趨利忘義；若不齊之以威，糾之以刑，遠羨羲農之風，則亂不可振；其禍深大，以殺止殺，豈樂之哉？八卦之作，窮理盡性，明罰用獄，著於噬嗑，繫以徽纆，存乎習坎。……蓋天地之道，不能純仁；故青陽闡陶育之和，素秋厲肅殺之威；融風扇則枯瘁攄藻，白露凝則繁英凋零，是以品物阜焉，歲功成焉。溫而無寒則蝡動不蟄，根植冬榮；寬而無嚴則姦宄並作，利器長守；故明賞以存正；必罰以去邪；勸沮之器，莫此之要。勸民設教，濟以寬猛，使懦不可狎，剛不傷恩，五刑之罪，至於三千，是繩不可曲也；司寇行刑，君爲不舉，是法不可廢也；繩曲則姦回萌矣，法廢則禍亂滋矣。亡國非無令也，患於令煩而不行；敗軍非無禁也，患於禁設而不止，故衆慝彌蔓而下黷其上。夫賞貴當功而不必重，罰貴得罪而不必酷也。鞭扑廢於家，則僮僕怠惰；征伐息於國，則羣下不虔；愛待敬而不敗，故制禮以崇之；德須威而久立，故作刑以肅之。班倕不委規矩，故方圓不戾於物；明君不釋法度，故機詐不肆其巧。唐虞其仁如天，而不原四罪；姬公友于兄弟，而不赦二叔，

仲尼之誅少正卯、漢武之殺外甥，垂淚惜法，蓋不獲已也。故誅一以振萬，損少以成多，方之櫛髮，則所利者衆；比於割疽，則所全者大；是以灸刺慘痛而不可止者，以痊病也；刑法兇醜而不可罷者以救弊也……

「易稱明罰敕法，書有哀矜折獄，爵人於朝，刑人於市，有自來矣，豈徒叔世多仁則法不立；威寡則下侵上，夫法不立則庶事汨矣；下侵上則逆節萌矣。至淳既澆於三代，大樸又散於秦漢，道衰於疇昔俗薄乎當今，而欲結繩以整奸欺；不言以化狡猾；委轡策而乘奔馬於險塗舍柁櫓而汎虛舟以凌波；盤旋以逐走盜；揖讓以救災火；斬晁錯以卻七國；舞干戈以平赤眉；未見其可也。蓋三皇步而五帝驟，霸王以來，載馳載騖，當其弊也，吏欺民巧，寇盜公行，髡鉗不足以懲無恥，族誅不能以禁覬覦；重目以廣視，累耳以遠聽，抗燭以理滯事，焦心以息奸源，而猶市朝有吁嘆之音，邊鄙有不聞之枉；作威作福者，或發乎瞻視之下；凶家害國者，或搆乎蕭牆之內，而欲以太昊之道治偷薄之俗；以晝一之歌救鼎沸之亂；非識因革之隨時；明損益之變通也。……

「俗儒徒聞周以仁興，秦以嚴亡，而未覺周所以得之不純仁，而秦所以失之不獨嚴也。昔周用肉刑，刖足劓鼻，明津之令後至者斬，畢力賞罰，督有孥戮，考其所爲，未盡仁也。及其叔世，罔法斲文，人主苛虐，號令不出宇宙，禮樂征伐不復由己，羣下力競，還爲長蛇，伐本塞源，毀冠裂冕，或沉之於漢，或沉之於彘，失柄之敗，由於不嚴也。秦之初興，官人得才，衞鞅、由余之徒，式法於內，白起、王翦之倫攻取於外，兼弱攻昧，取威定霸，吞噬四鄰，咀嚼羣雄，拓地擴戎，龍變虎視，實賴明賞必罰，以基帝業。降及叔季，驕於得意，窮奢極泰，加之以威虐，……天下欲反，十室九空，其所以亡，豈由嚴刑？此爲秦以嚴得之，非以嚴失之也……」

可見葛洪仍衍東漢末年王符諸人「救世思想」的餘緒。此外晉人還曾志，類文藝聚引他的話說：

「禮生於讓，刑生於爭。讓者割己以與人，是刑加於己而禮於人也。爭者奪人以崇己，是刑施於人而禮施於己也。由此言之，讓非純禮，爭非純刑也。慶賞以勸善而爲惡者懲，如有所懲，刑亦存矣；刑罰以懲惡而爲善者勸，如有所勸，禮亦存矣。故亡刑則禮不獨施，大道廢焉；則刑禮俱錯；大道行焉，則刑禮俱與；不合而成，未之有也」。

還有傅玄，他所著的傅子一書純是儒家德治的思想；如貴教篇說：

「虎至猛也，可威而服，……況人含五常之性，有善可因，有惡可攻者乎？人之所重莫重乎身，貴教之道行，士有伏節成義，死而不顧者矣，此先王因善教義，因義而立禮者也。因善教義，成而禮行，因義立禮，設而義通。若夫商韓孫吳知人性之貪得樂進，而不知兼濟其善，於是束之以法，要之以功，使天下惟力是恃，惟爭是務。恃力務爭，至有探湯赴火而忘其身者；好利之心獨用也。懷好利之心，則善端沒矣……」

問政篇有說：

「政在去私，私不去則公道亡，公道亡則禮教無所立；禮教無所立則刑罰不用情；刑罰不用情而下從之者，未之有也」。

法刑篇說：

「是故聖帝明王惟刑之恤，惟敬五刑以成三德。若乃暴君昏王，刑殘法酷，作五虐之刑，設炮烙之辟，而天下之民無所措手足矣」。

此外藝文類聚又引他的釋法篇說：

「釋法任情，姦佞在下，多疑少決，譬執腐索以御奔馬。專任刑名，民不聊生；通儒達道，政乃升平。浩浩大海，百川歸之；洋洋聖化，九服仰之；春風暢物，秋霜肅殺，同則相濟，異若胡越」。

南北朝時代雖思想上已蒙前此由印度輸入的佛法和中國固有的黃、老的影響，但在法律方面仍以儒家較為得勢。試看北朝後魏君臣上下的詔諭都愛引周公、孔子的話，就可知道儒家德治的思想在當時極有勢力。又如北齊、李德林在天保八年策秀才時的對罷刑獄說：

「……大道之行，結繩而治；無德之世，有罪更嘶，殆是天愛昔人，惟令設教，神化未俗，須要密網，又豈淳風已降，同往昔之不追？澆法自然，遂確乎而不變。然而成、康之衆，逮幽、厲而爲燬，嬴、項之人至文、景而刑措，方知桀、紂居羲、昊之世，亦比屋可誅；勛、華處桓、靈之時，即垂衣而治。惟應宣尼去教，必期之以百年，周人太平，會資之以三世。我國家之殺龍斬蛇，斷鼇獵雉，牧羊驅鷄之法，烹鮮放馬之功，莫不因冥冥之心，受蒼蒼之命，十軒九舜，千堯萬禹，抑特揚搉，俱何足稱？至於約法懲威，行師用武，怨起後征之地，哀切自犯之辜，故上下千官，遐邇兆庶，風化之所

邅遑，政教之所抑揚，皆肅肅然若嚴刑之在側矣。但皐陶之類常問黃沙，定國之流恆持丹筆，……稍簡刑書，漸行禮教，使駃騠遠至，咸感仁心，獬豸來儀，不知所觸……」（註九）

後周、蘇綽的恤獄訟奏也有說：

「人受陰陽之氣以生，有情有性，性則爲善，情則爲惡，善惡既分，而賞罰隨焉。……

「夫戒愼者欲使治獄之官精心悉意，謀究事源，先之以五聽，參之以證驗，妙覩情狀，窮鑒隱伏，使姦無所容，罪人必得，然後隨事加刑，輕重皆當，赦過矜愚，得情勿喜，又能消息情理，斟酌禮律，無不曲盡人心，遠明大教，使獲罪者如歸，此則善之上也……今之宰守……當深恩遠；大念存德教；遠王之制曰：「與殺無辜，寧赦有罪」，與其害善，寧其利淫，明必不得中，寧濫捨有罪，不謬害善人也……」

南朝梁劉勰所作賞罰一文也說：

「……聖人之爲治也，以爵賞勸善，以仁化愛民，故刑罰不用而太平可致，然而不可廢刑罰；刑罰者以民之有縱也。是以賞雖勸善不可無罰，罰雖禁惡不可無賞；賞平罰當，則理道立矣……」

按從漢魏到南北朝儒家思想已成社會上絕大勢力，有的儒者便進一步用「經術」把法家的「權勢」轉移，這樣就可以「經術」迎合君主的「好尚」「致身青雲」「保持祿位」於是在法律之外，時時以經義決獄。史記儒林傳就說：

「呂步舒決淮南獄，以春秋之義正之，天子皆以爲是」。

兒寬傳又說：

「張湯爲廷尉，以寬爲奏讞掾，以古法義決疑獄，甚重之」。

魏書刑罰志也有說：

「太平眞君六年以有司斷法不平，詔諸疑獄皆付中書依古經義論決之」。

高允傳說：

「以經義斷諸疑事，三十餘載，內外稱平」。

考漢書藝文志著錄公羊董仲舒治獄十六篇，七錄作春秋斷獄五卷，隋書經籍志作「春秋決事十卷，董仲舒撰」，唐志作春秋決獄，崇文總目作春秋決事比，都是十卷，大概在宋以後就佚失了。現就

杜佑通典六十九東晉成帝咸和五年散騎侍郎喬賀妻于氏上表所引的一例：

「時有疑獄曰「甲無子，拾道旁棄兒乙養之以爲子，及乙長，有罪殺人，以狀語甲，甲藏匿乙，甲當何論?」」

「仲舒斷曰：「甲無子振活養乙，雖非所生，誰與易之」?詩云「螟蛉有子，蜾蠃負之」。春秋之義，「父爲子隱」。甲宜匿乙，而不當坐」。

太平御覽六百四十又引二例，現錄其一：

「甲父乙與丙爭言相鬬，丙以佩刀刺乙、甲卽以杖擊丙，誤傷乙，甲當何論：「或曰「毆父也，當梟首」。論曰「臣愚以父子至親也，聞其鬬，莫不有怵悵之心，扶杖而救之，非所以欲詬父也。春秋之義，許止父病進藥於其父而卒，君子原心赦而不誅。甲非律所謂毆父，不當坐。」」

這樣眞是牽強附會無所不至；還有如史記終軍傳所說：

「徐偃矯制使膠東、魯國，鼓鑄鹽鐵，御史大夫張湯劾偃矯制大害，法至死。

偃以爲春秋之義，大夫出疆，有可以安社稷，存萬民，顓之可也。

湯以致其法不能詘其義，有詔下軍問狀。

軍詰偃曰：「古者諸侯國異俗分，百里不通，時有聘會之事；安危之勢呼吸成變，故有不受辭造命顓己之宜，今天下爲一，萬里同風，故春秋王者無外，偃巡封域之中，稱以出疆，何也？」

「偃窮詘辭服，當死」。

這樣同一案件可以傅會絕不相同的經義；所以經義是不可恃爲斷獄的準繩。章炳麟先生檢論原法篇有說：

「……晚世名家禮官既絕，一并於儒，故定律者多在薦紳，獨董仲舒爲春秋折獄，引經附法；異夫道家儒人所爲，則佞之徒也。……仲舒之折獄二百三十二事，援附經讖，比於酈侯、叔孫，其文已枝，同時張湯、趙禹所增朝律越宮律，監臨部主見知故縱諸篇，皆不若依附春秋甚也以是教湯使一事而進退於二律，後之廷尉利其輕重異比，上者得以重祕其術，使民難窺；下者得以因緣爲市；然後棄表埻之明，而從繆游之蕩；悲夫經之蟣蝨法之秕稗也。

原註——漢世儒者往往喜捨法律明文而援經誅心以爲斷，如薛況使客楊明斫傷申咸，廷尉直引律曰「鬭以刃傷人，完爲城旦，其賊加罪一等，與謀者同罪」，其議當矣；而御史中丞衆等以爲春秋之義，意惡功遂，不免於誅，況首爲惡？明手傷功意俱惡；明及況皆棄市。孔光、師丹爲儒者宗，乃反是中丞議，蓋自仲舒以來儒者皆爲蚩尤矣」（著者按漢書薛宣傳所記則是「自將軍以下至博士議郎皆是廷尉；況竟減死罪一等，徙敦煌，宣坐免爲庶人，歸故鄉」，與章先生所說稍有不同）。

劉師培儒學法學分歧論也有說：

「……及百家罷黜，儒術日昌，由是取士之道，別有儒術之一途。而儒與吏分，自賈生明申、商之術，兼習詩書左氏春秋，其所上之書，則以徒恃法令，不足成郅治之隆。……由是于法令以外；別立禮義德教之名，自是以降，以吏進身者，修言法令，而以儒進身者，則修言禮義德教。及董仲舒對策大廷，謂王者承天意以從事，任德教而不任刑，又謂教化立則姦邪皆止，揆其意旨，不外黜法而崇儒。及考其所著書，則又援公羊以傳今律，名曰引經決獄；實則便于酷吏之

舞文。時公孫弘亦治春秋，所對之策尙德緩刑，約符仲舒之旨，然諳習文法吏事，緣飾儒術，外寬內深，睚眦必報（見漢書弘傳）此則外避法吏之名，內行法吏之實，以儒術輔法吏，自此始矣。又漢書兒寬傳言張湯爲廷尉，盡用文史法律之吏，寬以儒生在其間，會廷尉有疑奏，掾史使寬爲之，湯上寬所作奏，上以奏非俗吏所爲，湯由此向學，以寬爲奏讞掾，以古法義決疑獄。又張湯傳言湯與趙禹共定律令，務在刻深，舞智以御人，時上方向文學，湯決大獄，欲傅古義，乃請博士弟子治尙書春秋者，補廷尉史。　由二傳所言觀之，則武帝以前之儒生與文史法律之吏，擇術殊途，及寬湯進用，由是引儒生以補法官，援古義以斷今獄。

「夫儒生者，嫉法吏爲深刻者也；及其進用，則斷獄刻深，轉甚於法吏，其故何哉？蓋法吏者，習于令律者也，有故例之可循，不得以己意爲出入，故奉職循理，可以爲治；儒生者，高言經術者也，掇類似之詞，曲相附合，高下在心，便于舞文，吏民益巧，法律以歧，故酷吏由之，易於鑄張入罪，以自濟其私。」

「武帝以降，臣民之升用者，其進身之級不同，或由儒生，或由吏掾。吏掾之學，合于古代仕學

合一者也；儒生之學背于古代仕學合一者也。蓋佐史之學，在于明習文法；諳熟典章；且備知民間情偽；非古人以舊典為學之遺意乎？漢之所謂吏，即古之所謂士也。儒生則不然，明習一經，通知家法；于民間情偽，不識不知；戇者出言迂闊；黠者以經術佐其姦。此又景、武以前所未有也。後儒不察，妄謂儒生以仁厚施治；與法吏之縱暴不同；不知惟法吏能治民。試觀文、景之時，文翁、吳公循吏輩出，雖通明經術，然咸以吏掾進身。武帝之時雖多酷吏，然擊姦鋤猾，亦有可稱。至于昭宣之際，若黃霸、王成、朱邑咸以文墨小吏以遺愛及民；若將相大臣則魏相、丙吉、張安世、杜延年、于定國均以書史進身，兼明法律，然咸有輔政之才，厘亮庶績，子惠黎民，致海內興于禮讓，安得以法吏為縱暴乎？若趙、張三王雖稍苛察，然不畏強禦，民誦其德，歿世不忘，此豈儒生所能及乎？及觀于儒生之所為，則會稽朱買臣幼習春秋，繼乃力陷張湯；主父偃精於文學，通易春秋，乃首發趙齊陰事；又枉尺直尋，孟子之言也，終軍引之，則周納徐偃之罪；輒距蒯聵，春秋所許也，雋不疑引之，則證明衛太子之誣，雖忠姦有殊，然經術便於舞文則固。在上者所共悅。故霍光輔政，亦用經生，雋不疑傳言不疑以經決獄，霍光嘉之，謂公卿大臣當用

經術，明于大誼。……

「……漢自宣帝以後，欲全身固位，必籍經術以自輔；其以法吏見全者，必由經生爲吏者也。（如黃霸、于定國是）然經術愈明，則刻深亦愈甚。（如龔遂是）否則以法吏而兼習經術者也。如蕭望之通齊詩、論語，爲漢大儒，而趙廣漢、韓延壽諸循吏均死于其手，又抑馮奉世之功；翟方進通穀梁左氏，以儒雅緣飾法律，色厲內荏，希旨固位，于陳咸、朱博、蕭育、逢信、孫閎之屬峻文深詆，持法中傷。……

「由是言之，法吏乃輕刑，非重刑也。漢以吏致太平，非以儒致太平也。自漢代別儒生于法吏，名曰『學古入官』，實則與仕學合一之古制大相背馳；學非所用，其西漢儒生之謂乎？……」（註一〇）

章、劉兩氏痛揭儒者假仁義德化的以經義治獄的黑暗事實，眞算得是「誅心」之論；尤其劉氏能「探本尋源」，指出儒者深刻的理由，使讀者不能不相信司法專業化的重要。這也可見從董仲舒說漢武帝罷黜百家，使儒者獨霸以後，在法律上因「越俎代庖」而生的弊害的一班了。

隋、唐統一南北儒家「經學」裏的南北派也隨之而統一，從此南學盛，北學衰，那部孔穎達等所撰的五經義疏，竟成爲從唐到宋「明經取士」試驗的定本，這樣儒家不唯稱霸於百子；而且南派的儒學又併吞了北派的儒學。一般人士對法律的見解自然仍不能脫儒家的窠臼。隋王通中說、事君篇有說：

「古之爲政者，先德而後刑，故其人悅以恕；今之爲政者，任刑而棄德，故其人怨以詐」。

關朗篇又有說：

「……不以三代之法統天下，終危邦也；如不得已，其兩漢之制乎？不以兩漢之制輔天下者，誠亂也已」。

唐時天下初定，所以施行「德化」很是問題。

「太宗嘗與羣臣語及教化，帝曰「今承大亂之後，恐斯民未易化也」，魏徵對曰「不然，久安之民驕佚，驕佚則難教；經亂之民愁苦，愁苦則易化。譬猶飢者易爲食；渴者易爲飲也」。

帝深然之，封德彝非之曰：「三代以還，人漸澆訛，故秦任法律，漢雜霸道，蓋欲化而不能，豈能化之而不欲耶？魏徵書生未識時務，若信其虛論，必敗國家」。

徵曰：「五帝三王不易民而化，昔黃帝征蚩尤，高陽征九黎，湯放桀，武王伐紂；皆能身致太平，豈非承大亂之後耶？若謂古人淳樸，漸致澆訛，則至于今日，當悉化爲鬼魅矣，人主安得而治之」？

帝卒從徵言」。(註一一)

這是有唐一代的「國是」，所以學者文人的思想也以「德化」爲主；如白居易長慶集策林說：

「人之性情者，君之土田也，其荒也則薙之以刑，其闢也則蒔之以禮，其植也則獲之以道；故刑行而後禮立，禮立而後道生；始則先道而後禮，中則先禮而後刑，終則修刑以復禮，修禮以復道；故曰刑者禮之門，禮者道之根，知其門，守其根，則王化成矣。……夫刑者可以禁人之惡；不能防人之情，禮者可以防人之情，不能率人之性；道者可以率人之性，又不能禁人之惡；循環表裏，迭相爲用。故王者觀理亂之深淺，順刑禮之後先；當其懲惡抑淫，致人於勸懼，莫先於

刑；姦邪窒慾；致人於恥格；莫尚於禮；反和復樸；致人於敦厚；莫大於道；是以衰亂之代；則弛而張刑；平定之時；則省刑而弘禮，清淨之日則殺禮而任道。……順歲候者適水火之用，遂時變者得刑禮之宜，適其用，達其宜，則天下之理畢矣，王者之化成矣。……」（註一二）

又從人民生計方面闡發犯罪的關係說：

「……仲尼之訓也既庶矣而復富之，既富矣而後教之。管子亦云：「倉廩實知禮節，衣食足知榮辱，然則食足財豐而後禮教所由興也；禮行教立而後刑罰所由措也……當周成康之時，天下富壽，人知恥格，故囹圄空虛四十餘年。當漢文景之時，節用勸農，海內殷實，人人自愛，不犯刑罰，故每歲決獄僅至四百。及我太宗之朝，勤儉化人，人用富庶，加以德教，致於升平，故一歲斷刑，不滿三十。雖則明聖慎刑，實良恤獄之所致也，然亦由天下之人生厚德正而寡過也。當桀、紂之時，暴征鏇斂，萬姓窮苦，有怨無恥，奸宄並興，故是時也，比屋可戮。及秦之時，厚賦以竭人財，遠役以殫人力，力殫財竭，盡爲寇賊，羣盜滿山，赭衣塞路，故每歲斷罪，數至十萬，雖則暴君淫刑，姦吏弄法之所致也，然亦由天下之人貧困思邪而多罪也。由是觀之，刑之繁省，

繫於罪之衆寡也；教之廢興繫於人之貧富也。聖人不患刑之繁；而患罪之衆；不患教之廢；而患人之貧。故人苟富則教斯興矣；罪苟寡則刑斯省矣。是以財產不均；貧富相併；雖堯舜爲主；不能息忿爭而省刑獄也。……至若察小大之獄，審輕重之刑，定加減於科條，得情僞於察色，此有司平刑之要也，非王者恤刑之德也；至若盡欽恤之道，竭哀矜之誠，使生者不怨，死者不恨，此王者恤刑之法也，非聖人措刑之道也；必欲端影於表，澄流於源，則在乎富其人；崇其教；開其廉恥之路，塞其冤濫之門；使人內樂其生，外畏其罪；則必過犯自省，刑罰自措，斯所謂致羣心於有恥，立大制於不嚴，古者有畫衣冠，異章服而人不犯者，由此道素行也」。(註一三)

沈顏象刑解也以威嚇主義的效力終屬有限，所以主張感化主義說：

「……夫法過峻則犯者多，犯者多則刑者衆，刑者衆則民無恥；民無恥則雖日劓之刖之笞之撲之而不爲畏也。何以知其然邪？夫九人冠而一人髡，則髡者慕而冠者勝；九人髡而一人冠，則冠者慕而髡者勝；民不知冠之髡之爲勝，但見衆而爲慕矣。今免者多而刑者少，人尙慕其多矣，及刑者多而免者少焉，以少爲勝乎？……凡民之心，知恣其所爲而不知戒其所失，今

辱而笞之，不足以為法也，何也？蓋笞絕則罪釋；痛止則恥滅；恥滅則復為非矣；故不足以為法也。虞舜染其衣冠，異其服色，是罪終身不釋，恥畢世不滅，豈以為己以為恥也，人之見之者皆以為恥也，皆以為戒也，愚故曰非特上古淳樸，人易其化，亦由聖智玄邈深得其理故也」。

（註一四）

牛希濟刑論說：

「刑罰之用蓋將以革人之心，勸之於善，所以小罪輕刑，以正其失；大罪重罰，以勵其衆，……皆欲遷人於善；豈圖斷其肌膚，殘其肢體；流其膏血，盡其性命以逞於威怒者也？……」

陳子昂請措刑科說：

「臣觀聖人用刑，貴適時變，有用捨不專任之。且聖人初制天下，必有凶亂之賊，叛逆之臣，而為驅除，以顯聖德，聖人誅凶殄逆，濟人寧亂，必資刑殺，以清天下，故所以務用刑也。凶亂既滅，聖道既昌，則必順人施化，赦過宥罪，所以致措刑也。然則聖人用刑，本以禁亂，亂靜刑息，不為昇平所設，何者？太平之人悅樂於德；不悅樂於刑；以刑窮於人；人必慘怛；故聖人貴措刑；不貴

煩刑……」（註一五）

諫用刑書說：

「臣聞古之御天下者，其政有三：王者化之，用仁義也；霸者威之，任權智也；強國脅之，務刑罰也。是以化之不足，然後威之；威之不變，然後刑之；故至於刑，則非王者所貴矣」。（註一六）

唐代史館所修諸史也充滿此種思想，如晉書刑法志說：

「傳曰：「齊之以禮，有恥且格」，刑之不可犯，不若亂之不可踰」。

隋書刑法志說：

「記曰教之以德，……而始乎勸善，終於禁暴；以此字人，必兼刑罰」。

酷吏傳序贊說：

「御之良者不在於煩策，政之善者無取於嚴刑，故雖寬猛相資，德刑互設，然不嚴而化，前哲所重。……桀黠木閑道德，貪懷殘忍，賊人肌體，同諸木石，輕人性命，甚於芻狗，長惡不悛，鮮有不及，故或身嬰罪戮，或憂恚顛隕，凡百君子以為有天道焉……」

又直接表現於法律的如長孫無忌等唐律疏義、名例疏說：

「夫三才肇位，萬象斯分；稟氣含靈，人爲稱首；莫不憑黎元而樹司宰，因政教而施刑法；其有情恣庸愚，識沈愆戾，大則亂其區宇，小則睽其品式，不立制度，則未之前聞。

又說：

「德禮爲政教之本，刑罰爲政教之用；猶昏曉陽秋，相須而成者也」。

唐律一書可說「一準於禮以爲出入的」，吳經熊博士中國舊法制底哲學的基礎曾有說：

「……凡是法律所禁止的都是不道德的事體；凡是不道德的事體總是要罰的（起碼打屁股）所以凡是法律所禁止的總是要罰（起碼打屁股）」因此舊律中有許多法律事件——在現代法家的眼光看來明明是純粹的民事關係，——也不免得規定着一個刑罰比方唐律、雜律一門規定——

「諸負債違契不償，一疋以上違二十日笞二十；二十疋加一等，罪止杖六十；三十疋加二等，百疋又加三等各令備償」。

違約就是無信無信就是違背五常之一；這還了得這眞正是豈有此理！俗言道：上等之人，講了作準；中等之人，寫了作準；下流之人講也不作準寫也不作準。所以違約的是下流之人；下流之人不打屁股還要打誰的屁股？這一套就是爲舊法制背景的哲學……

還有唐律也規定——

「諸不應得爲而爲之者，笞四十；事理重者，杖八十」。

疏議說：

「雜犯輕罪，觸類弘多，金科玉條，包羅難盡。其有在律在令，無有正條，若不輕重相明，無文可以比附；臨時處斷，量情爲罪，庶補遺闕，故立此條。情輕者笞四十，事理重者杖八十」。

這條法律是道地極了！…… 法律不是道德的保鏢麼？雖然已經有了種種防備，足以抵禦通常的盜賊；但是因爲「禍危多出於不所慮」的緣故，總覺還有些放心不下。所以再畫了一道符咒，方纔能够「姜太公在此，百無禁忌」地高枕無憂！妙則妙矣，可是未免把人類當作鬼魅看待了。（原註——參較現代「法律無正條不爲罪」的原則）。還有一個最有意思

的法律現象，唐律詐僞門有——

「諸詐病有所避者，杖一百；若故自傷殘者，徒一年半」。

的規定。宋律學博士傅霖的刑統賦關於這條法律有二句話：

「身自傷殘者，無避亦等於有避」。

元時沈仲緯的刑統賦疏在這二句底下加以註腳道：

「身者自己之身，傷者見血而傷，殘者瞎目折股之類，成殘疾也。凡人身體髮膚受之父母，輒自毀傷，皆虧孝道……蓋先王之法，不獨禁其損傷於人，而自傷殘者亦所不容也（原註——見江陰繆氏鈔本刑統賦疏卷一第二十六頁）

觀此則孝經一書對於舊法制的影響可見一斑了」。（註一七）

唐時除律而外，即別的如令、格、式三種也都是「禮」的表示；可見儒家的「禮治」不特高居「法治」之上，自居於「主位」，而以「法律」爲其輔助；抑且深入法律條文的裏面，使法律全部都受「禮化」。唐代如此；摹倣唐律的宋刑統也如此；大明律如此；摹倣明律的大清律例也如此。

唐以後發揮儒家「德主刑輔」說的大有其人，例如宋代的文壇鉅子蘇軾，他曾說過「讀書不讀律」，所以他對於此道全是外行，但他也有兩篇論法制的文章，如刑賞忠厚之至論說：

「……先王知天下之善不勝賞，而爵祿不足以勸也；知天下之惡不勝刑，而刀鋸不足以裁也，是故疑則舉而歸之於仁；以君子長者之道待天下，使天下相率而歸於君子長者之道，故曰忠厚之至也。……」

韓非論說：

「……仁義之道起於夫婦父子兄弟相親之間，而禮法刑政之原出於君臣上下相忌之際，相愛則有所不忍，相忌則有所不敢，不敢與不忍之心合，而後聖人之道得存乎其中。今老聃、莊周論君臣父子之間汎汎乎若萍遊於江湖而適相値也，夫是以父不足愛而君不足忌；不忌其君，不愛其父，則仁不足以懷，義不足以勸，禮樂不足以化，此四者皆不足用，而欲置天下於無有，夫無有豈足以治天下哉？商鞅、韓非求爲其說而不可得，其所以輕天下而齊萬物之術；是以敢爲殘忍而無疑……」

別的如程大昌厚俗論有說：

「吾獨怪夫商君之治秦也民故相親而立法以攜之；俗未相讎而設法以鬪之；勢可爲而不可爲，反推而納之至乖戾之地，吁可駭也！鞅之立法也，設什伍以相帥，而專以告奸爲賞罰，有兩男者必出分，而不分者倍其賦，是驅民爲告訐，而禁民爲孝弟，嗚呼！孝弟親睦之所由生也；而禁之則民何可而親？告奸，怨讎之所從起也，而導之，則民若何而不讎？故鞅法行而秦民無歡心矣。怡愉之樂不暢於閨門，窺伺之惡交相於鄰里，使之無熙熙之遂之適，而常有惴惴意外之變，鞅固前知其然而爲之不恤也。趙廣漢之治潁川，惡其俗之相黨，設缿筩以招訐，俗行詭譎，以咨怨讎，務使其民不爲朋而已，而不知告訐之禍慘於民俗之相黨也；行之未幾，潁川家家作仇，特未相兵耳。儻微韓延壽開禮遜之端，黃霸闡循良之政，則廣漢刻薄所被，安知潁川之不秦也？漢之文帝承秦之餘，舊染猶在，文帝一以君子長者待之，鎮之以淵默，示之以敦朴，行之以質直，重厚之人比其久也，昔之告訐無行，誶語無親者，人人自重，恥言人過，大漢之人，蕩然與太和同風，乃知書可焚，儒可坑，是古者可禁，惟民生厚不銷鑠也。……」

宋代理學盛極一時，理學大家如周濂溪通書有說：

「天以春生萬物，止於以秋；物之生也，既成矣，不止，則過焉，故得秋以成。聖人之法天，以政養萬民，肅之以刑。民之盛也，欲動情勝，利害相攻，不止則賊滅無倫焉，故得刑以治……」

程顥曾對宋神宗說：

「治天下以正風俗得賢才為本，宋興百餘年而教化未大醇，人情未盡美，士人微謙退之節，鄉閭無廉恥之行，刑雖繁而姦不止，官雖冗而材不足者，此蓋學校之不修，師儒之不尊，無以風勸養勵之使然耳……」（註一八）

他的弟弟程頤為家君請宇文中允典漢州學書也有說：

「生民之道，以教為本，故古者自家黨遂至於國，皆有教之之地。民生八年，則入于小學，是天下無不教之民也；既天下之人莫不從教，小人修身，君子明道，故賢能羣聚於朝，良善成風於下；禮義大行，習俗粹美，刑罰雖設而不犯；此三代盛治由教而致也。後世不知為政之本，不善其心，而驅之以力；法令嚴於上，而教不明於下；民放僻而入於罪，然後從而刑之；噫！是可以美

風俗而成善治乎？」（註一九）

後來集理學大成的朱熹，也曾對宋孝宗說過：——

「昔者帝舜以百姓不親，五品不遜，而使契爲司徒之官，教以人倫，父子有親，君臣有義，夫婦有別，長幼有序，朋友有信。又慮其教之或不從也，則命皐陶作士，明刑以弼五教，而期于無刑焉。蓋三綱五常，天理民彝之大節，而治道之本根也，故聖人之治，爲之教以明之，爲之刑以弼之；雖其所施或先或後或緩或急，而其丁寧深切之意未嘗不在乎此也。乃若三代王者之制則亦有之，曰凡聽五刑之訟，必原父子之親，立君臣之義以權之。蓋必如此，然後輕重之序可得而論，淺深之量可得而測，而所以悉其聰明，致其忠愛者，亦始得其所施而不悖，此先王之義刑義殺，所以雖或傷民之肌膚，殘民之軀命，然刑一人而天下之人聳然不敢肆意於爲惡；則是乃所以正直輔翼，而若其有常之性也。後世之論刑也，不知出此，其陷於申、商之刻薄者，既無足論矣。至於鄙儒姑息之論，異端報應之說，俗吏便文自營之計，則又一以輕刑爲事，然刑愈輕而愈不足以厚民之俗；往往反以長其悖逆作亂之心，而使獄訟之愈繁；則不講乎先

王之法之過也。臣伏見近年以來，或以妻殺夫，或以族子殺族父，或以地客殺地主，而有司議刑，卒從流宥之法，夫殺人者不死；傷人者不刑；雖二帝三王不能以此爲治於天下；而況於其繫於父子之親；君臣之義；三綱之重；又非凡人之比者乎？然臣非敢以此之故，遂勸陛下深於用法，而果於殺人也，但竊以爲諸若此類涉於人倫風化之本者，有司不以經術義理裁之，而世儒之鄙論，異端之邪說，俗吏之私計得以行乎其間，則天理民彝何不至於泯滅，而舜之所謂無刑者，又何日而可期哉？故臣伏願陛下深詔中外司政典獄之官：凡有獄訟必先論其尊卑上下長幼親疏之分；而後聽其曲直之辭。凡以下犯上，以卑凌尊者，雖直不右；其不直者，罪加凡人之坐；其有不幸至於殺傷者，雖有疑慮可憫，而至於奏讞亦不許輒用擬貸之例。又詔儒臣，博采經史，以及古今賢哲議論及於教化刑罰之意者，删其精要之語，聚爲一書，以教學古入官之士，與凡執法治民之官，皆使略知古先聖王，所以敕典敷教制刑明辟之大端，而不敢陰爲姑息果報便文之計，則庶幾有以助成世教；而仰稱陛下好生惡殺；期於無刑之本意。」（註二〇）

宋亡元興；儒家思想仍支配法律；元文類有孛朮魯翀大元通制序卽有說：

「惟聖人之治天下，其爲道也動與天準；其爲法也，粲如列星，使民畏罪遷善，而吏不敢舞智御人，鞭笞斧鉞禮樂教化相爲表裏。及其至也，民協於中，刑措不用；二帝三王之盛，蓋於此矣。雖刑罰世輕世重，而士制百姓於刑之中，以教祗德，古之制也。」（註二一）

明代此種思想尤爲得勢，如蘇伯衡問刑說：

「德其本也，刑其末也；是故不得已而後用刑；初未嘗以之專造天下也。而聖人至於無已而用刑也，必本之以欽恤，行之以哀矜。欽恤，仁也；哀矜，恕也。恕故不喜刻而致深也，仁故不加之罪而求其死也。是故聖人之刑，不徒曰刑而曰義刑，聖人之殺不徒曰殺而曰義殺；義者，宜也，在下者非不宜於天理，不宜於人情，不見刑見殺也，在上者非宜於天理，宜於人情，不刑之殺之也；宜於天理人情而後見刑見殺，雖見刑見殺而不怨焉。是故義殺舉而天下莫不畏威矣；義刑施而天下莫不遠罪矣。……蓋德以刑而輔，刑以德而去；此所謂聖人尙德而不上刑也。……」（註二二）

葉良佩刑禮論說：

「夫刑法者，禮之輔也，禮者暄潤，而法者震曜；禮者身軀，而法者手足；禮者主君，而法者夠佐；彼此相須以為道，蓋闕一不可焉者也。賈生之論取舍，固嘗貴禮而賤刑矣，彼有所激而云也，非聖人制作之本意也，彼見嬴秦滅詩書，而首法令，其極也民怨而風哀，而秦遂以亡國，故為是抑揚之說，欲時君矯而歸諸正爾。乃若聖人之意，其制刑也，正所以輔禮，是故出禮則入於刑；何以明之？夫君令而臣恭，父慈而子孝者，禮也；反是而不恭不孝，則有刑；吉凶賓軍嘉各有儀節，禮也；反是而猖狂自恣慆慢匪彝，則有刑；故曰刑者禮之體貳也；聖人所藉以平治天下之道，蓋莫要於是矣」。

由明入清，顧炎武日知錄有說：

「法制禁令者，王者之所不廢，而非所以為治也；其本在正人心厚風俗而已，故曰居敬而行簡，以臨其民。周公作立政之書曰：「文王罔攸兼於庶言，庶獄庶慎」。又曰：「庶獄庶慎，文王罔敢知於茲」。其丁寧後人之意，可謂至矣。秦始皇之治天下之事，無大小皆決於上，上至於

衡石量書，日夜有呈，不中呈不得休息，而秦都以亡。太史公曰：「昔天下之網嘗密矣，然姦僞萌起，其極也上下相遁，至於不振」，然則法禁之多乃以爲取亡之具而愚闇之君猶以爲未至也。杜子美詩曰：「舜舉十六相，身尊道何高；秦時任商鞅，法令如牛毛」。又曰：「君看燈燭張，轉使飛蛾密」，其切中近朝之事乎？漢文帝詔置三老孝弟力田常員令各率其意以道民焉，夫三老之卑而使之得率其意，此文、景之治所以至於移風易俗，黎民醇厚而上擬於成康之盛也」。（註二三）

蔣彤刑論說：

「三代以上禮與刑合；故禮行而刑措；而民相樂趨於聖賢；三代以下禮與刑離；故禮壞而刑繁；而民無所措其手足。……古之聖人略於刑而詳於禮；隱於刑而著於禮。……其制刑也，即議禮之精微也；其用刑也，即用禮之準繩也。三千三百，無體之刑；三刺八辟，無形之禮，故二帝三代，刑之繁簡不同而歸於措，以有禮在故也。禮既亡矣，則制刑之繁與簡，用刑之嚴與寬，舉不足以安天下。……忠厚之至，則從容於道德，饜飫於仁義，遷善遠罪，而不自知；縱肆之至，則

明不足發奸，法不可制暴，將逆芽亂萌而不可止，勝、廣之形發於狹隘酷烈之朝，未必不伏於因循叢脞之世也。然則將嚴刑乎？曰嚴刑而無禮；是速其禍而已矣……」（註二四）

以上所述爲兩千多年來「德主刑輔」思想變遷的大概這種思想亦可以說爲自漢至清正統的法律思想；其影響表現於法律條文最顯著的即因道德與法律的界限沒有十分劃清的原故；所以硬將所有的理想都納入法典裏面去尤其有最大流弊的即如前述從漢董仲舒到北朝「以經決獄」的那樣視「經義」的效力等於法律；或高於法律；牽強附會異說紛紜；失掉法律的兩個必不可缺少的要素——即「公平」與「確定」但這種「道德」與「法律」相混的思想還能存在於今日的世界嗎？薛祀光氏中國法系的特徵及其將來一文有說：

「……法律思想史和法制史自身是一種法律和道德離合的歷史我們引西洋的法律思想和法制史來說滂特分法律進化爲原始法律時代，嚴格法時代，自然法或衡平法時代，法律成熟時代和十九世紀末葉以來法律哲學思想的勃興。原始時代的法律，當時人民或爲政者還不曉得立法的技術並且法律和道德還在未分離的狀態；當然是只有公平的要求。

嚴格法時代是只求法律的嚴密，絕對沒有通融性，羅馬古代的法律偷砍葡萄樹是有罪的但是偷斫天竹，就不能適用這個公式。自然法和衡平法時代是對於嚴格法思想的反叛；自然法學者提出許多自然權的形式，衡平裁判所是根據正義良心去下判斷，這個時期是法律和道德的接合；經過了十八世紀十九世紀初法國編了拿破崙法典以來，各國都起來編制法典，一般法學者都以爲法律是已經完成了，法律在自己的範圍以內可以維持他自己永久的生命再不要人家來扶助他；法律離開道德獨立但是這個自以爲可以做萬世不易的典型的法律不到一個世紀，適用上就發生許多衝突，就發生正義良心所不許可的結果；於是乎十九世紀末以來就發生了許多法律哲學的思想，如新康德派、新赫呆爾派、社會法學派、自由法論、社會連帶主義等。滂特說法律哲學思想的勃興也是一種法律和道德的接合這一句話，至少在結果上是含有相當眞理的，因爲道德是比較法律走得快的；能夠先追隨社會生活的狀態而變化；雖然法律和道德這兩種東西都以社會生活爲中心；看起來好像道德隨民生而變；法律隨道德而變。

「中國道德思想雖以封建的社會生活做背景的；我們是不能夠接受的；什麼禮不下庶人，刑不上大夫的法律思想和舊律上八議制度，我們是要推翻的；但是古聖人留給我們幾個道德的概念；什麼義；什麼誠；什麼仁；這等範疇總可以說是永久不變的。中國法系的法律和中國道德處在這等同一範疇之下；道德範疇的內容隨民生而變了的時候；法律思想就可以隨道德思想而變；這一點應該是中國法系的生命所在；至少應是中國法系的時代適合性……」（註二五）

這話是很有見地的；可見我們專攻「中國法系」的人實在應該「採人之長；補我之短」將兩千多年來陳舊的「德主刑輔」說使之化「腐朽爲神奇」，然後始可希望有最適合國情的新法典出現。

（註一）參看無刑錄卷二刑本下，譯註本第一六一、二兩頁。

（註二）前書第一六九至一七一頁。

（註三）前書第一八九至一九一頁。

（註四）前書第二〇九、二一三、二一四頁。

(註五)文獻通考刑考三。

(註六)錢大昕纂風俗通義逸文刻本第一頁。

(註七)前書第二十四頁。

(註八)參看無刑錄卷二刑本下，譯註本第二二四頁。

(註九)參看古今圖書集成詳刑總部藝文一之十三。

(註一〇)國粹學報第二十九期社說第二至四頁。

(註一一)參看無刑錄卷二刑本下，譯註本第二四一、二兩頁。

(註一二)長慶集卷四十七策林。

(註一三)前書卷第四十八。

(註一四)唐文粹卷四十六。

(註一五)伯玉文集卷第八。

(註一六)前書卷之九。

(註一七)法律哲學研究第十六至十九頁。

(註一八)參看無刑錄卷二刑本下，譯註本第二七三、四兩頁。

(註一九)前書第二七五頁。

（註二〇）前書第二八七至二八九頁。
（註二一）元文類卷三十六。
（註二二）皇明文衡卷二十四。
（註二三）日知錄卷八「法制」條。
（註二四）國朝文匯丁集卷三。
（註二五）社會科學論叢第一卷第四號。

丙、兵刑一體說

在了解中國法律思想上除前述「陰陽五行」「德主刑輔」等說而外還有「兵刑一體」也是不能不注意的；這說的起源遠在漢代以前；如國語魯語記——

「臧文仲言於僖公曰：「刑五而已大刑用甲兵，其次用斧鉞；中刑用刀鋸，其次用鑽鑿；薄刑用鞭扑。大者陳之原野，小者致之市朝」」。

左傳記僖公二十五年倉葛說：「德以柔中國，刑以威四夷」。莊公二十三年條又有說：

「夫禮所以整民也，故會以訓上下之則，制財用之節；朝以正班爵之義，帥長幼之序。征伐以

討其不然」。

到了東漢班固作漢書刑法志也曾說：

「……書云「天秩有禮天討有罪」，故聖人因天秩而制五禮，因天討而作五刑；大刑用甲兵，其次用斧鉞；中刑用刀鋸，其次用鑽鑿；薄刑用鞭扑；大者陳諸原野，小者致之市朝，其所繇來者上矣」。

但兩千年來此說並無詳細的解釋，惟國粹學報有陸紹明兵戎爲法之源論一文說：

「……繩墨斷吏由來久矣，溯其發端，道術爲之遠因，兵戎爲之基源也。今試言其基源，銅頭鐵額，跳梁神州，黃帝作兵，蕩海夷岳，其兵也，其法也，而又何可以歧視之哉？兵爲法之大者也；法爲兵之小者也。凶暴而不可以法制；舉兵以敵之；凶暴而可以法制；舉法以裁之；兵也乎哉謂之法可也；法也乎哉？謂之曰兵可也。且古人無意於民之善惡，錙銖必較，而創一禁暴之政也；若夫兵也者，則古聖不獲已創作，所以不較錙銖而禁巨惡者焉；而所謂錙銖必較之爲法者，蓋由兵而演成也。黃帝作兵而又作法，此可推仁聖之心，由兵而演及法也；顧蚩尤亦作兵

而又作法，此可知凶頑之意，喜兵而自繁及法也；夫亦可悟法之原於兵，爲進化之公理者矣。

「今詳究刑法；更覺原於兵戎請申言之，夷吾謂兵爲尊主之經，則可知兵寓於法。抱朴謂法爲捍刃之器，則可知法本於兵。兵戎有書，六韜、三略爲之宗；刑法有律，六典、三章爲之要。兵法之書，其旨相同，不外繁簡相副，寬猛相濟，兵有甲兵斧鉞之威；卽法有甲兵斧鉞之刑。兵法似殊，其義則一，無非勸善罰惡；禁暴除兇兵以伐謀爲上兵，法以合心爲至法。兵法精神皆偏重於方寸，用兵宜審乎時，用刑當察其國。兵法權變，皆有因於時勢，兵則見可知難，量敵論將；法則稽貌察情，辯處察辭。兵則審賞審罰；爲法律之嚆矢；法則求生求殺，爲兵戎之濫觴。兵則始柔而後剛，如用法之先和後勵；法則訓人而齊衆，如治兵之練士訓戎。兵則明法審令，如持法之尚嚴；法則烈火秋霜，如發兵以赴義；法原於兵，豈虛言哉？

「且法有肉刑，其表面更與兵相類：四肢重罰，五虐峻刑，劓象七政，臏像七精，肉刑之屬繁不勝論，要無非如將士之罰吏卒，兵家之坑敵軍也。

「夫法之原於兵，觀法家之學更有徵矣：管子法家也，而談兵首重節制，此則法家兵家合一

之證，亦爲法原於兵之一證；商子法家也，而兵學自得精蘊，此則法家、兵家合一之證，亦爲法原於兵之又一證；韓非子法家也，而兵機洞若觀火，此則法家、兵家合一之證，亦爲法原於兵之三證；鄧析子法家也，而兵法自有心得，此則法家、兵家合一之證，亦爲法原於兵之四證。……』（註一）

陸氏此文論「兵」「刑」的關係極詳；但不免失之穿鑿且神話和史實也分辨不清是很大的缺憾。究竟「兵刑一體」是學者的理論？還是歷史的事實？著者可以說理論佔一大半；事實也不能說完全沒有。因爲上古是遊牧時代，部落很多，時有爭鬭，只要看商承祚類次羅振玉考釋的殷虛文字類編的許多文字，就可推想那時戰鬭頗是頻繁。所以章炳麟先生文錄、古官制發源於法吏說曾有說：

『……法吏未置以前，已先有戰爭矣。軍容國容既不理，則以將校分部其民，其遺迹存於周世者，傳曰官之師旅。……及軍事既解，將校各歸其部，法吏獨不廢，名曰士師，徵之春秋，凡言尉者皆軍官也；及秦而國家司法之吏亦曰「廷尉」，比因軍尉而移之國中者也』。

陶希聖中國政治思想史也有說：

「古代的刑罰是由兵政主持者掌管。士、司寇、尉，這都是軍官；也都是法官。魏絳「請歸死於司寇」（左襄三年）公孫黑將作亂，子產曰：「不速死，司寇將至」（左昭二年）司寇或稱司敗。子西說：「臣歸死於司敗」（左文十年）季孫謂臧武仲曰：「子爲司寇，將盜是務去」（左襄二十一年）軍官兼法官又兼警察了」。（註二）

是「兵刑一體」的事實爲古代的軍官兼充法官；所以秦漢以後就拿軍官的名稱叫最高的法官爲「廷尉」，但「兵刑一體」的思想卻不算怎樣有大影響於法律的內容試看從漢九章律起有興律；魏律有擅興；晉律有宮衛與律；隋唐律有衛禁擅興；直到明清律有宮衛軍政；考其內容「軍法」「刑民法」的界限是很顯明的；並沒有以「軍法」兼代「刑民法」的規定就可知道「兵刑一體」的思想在兩千年以來就看做是很古老陳舊的了。

（註一）國粹學報第十大期政篇第一至第六頁。

（註二）中國政治思想史第一册第二十四、五兩頁。

丁 法律本質論與司法專業化諸說

從西漢以後，像先秦那樣「系統完密」「理論深奧」的法家學說固然很是缺乏，但兩千多年的長時間裏也有極少數的傑出思想家值得我們研究，例如西漢劉安和他的許多賓客蘇飛、李尚等所作的淮南子（原名鴻烈）雖以道家的思想爲本，但也攙雜得有儒、法、兵諸家的學說，這書主術訓說：

「夫權衡規矩，一定而不易，不爲秦、楚變節，不爲胡、越改容，常一而不邪，方行而不流，一日刑（型），之萬世傳之，而以無爲爲之。……

「法者天下之度量，而人主之準繩也。……法定之後，中程者賞，缺繩者誅，尊貴者不輕其罰，而卑賤者不重其刑；犯法者雖賢必誅，中度者雖不肖必無罪；故公道通而私道塞矣。

「古之置有司也，所以禁民使不得自恣也。其立君也，所以制有司使無專行也。法籍禮義者，所以禁君使無擅斷也。人莫得自恣則道勝；道勝而理達矣；故反於無爲。無爲者，非謂其凝滯而不動也，以其言莫從己出也」。

這「莫從己出」即是法律的獨立性與客觀性；所以貴賤賢不肖都受絕對平等的待遇；誅賞予奪皆不從君心出西漢時代的司法也確能獨立，前漢書張釋之傳記漢文帝——

「行出中渭橋，有一人從橋下走，乘輿馬驚，捕屬廷尉，釋之奏犯蹕當罰金，上怒，釋之曰：「法者天子所與天下公共之也今法如是重是不信於民也且方其時，上使使誅之則已，今已下廷尉，廷尉天下之平也一傾天下用法皆爲之輕重民安所措其手足？惟陛下察之」。上良久曰：「廷尉當是也」……」

由東漢到魏，時人已感到司法「專門化」的必要；魏武帝愼刑令有說：

「夫刑，百姓之性命也；而軍中典刑者或非其人；而任以三軍死生之事，吾甚懼之；其選明達法理者，使持典刑」。

晉書刑法志又記魏明帝時——

「衞覬奏曰：「刑法者，國家之所貴重，而私議之所輕賤；獄吏者，百姓之所懸命，而選用者之所卑下；王政之弊，未必不由此也。請置律博士，轉相教授」事遂施行」。

魏時第一流法家劉邵據魏志說他「撰述法論人物志之類百餘篇」，侯康補三國藝文志說法論有十卷，可惜現已在不可見之數了。他的人物志確是一部極有價值講應用心理學的書，他在流業篇有說：

「建法立制，彊國富人，是謂法家，管仲、商鞅是也」。

又說：

「法家之材，司寇之任也」。

他在材能篇解釋法家「有立法使人從之之能」，所以「立法之能，治家之材也，故在朝也，則司寇之任，為國則公正之政」，這些都是他根據普通心理來做定司法官候補者標準的話，欲知其詳，請參看舊作自心理學觀之「人物志」。（註一）晉代法家輩出，而最值得稱述的即是劉頌、張裴、杜預諸人，劉頌在晉惠帝「政出羣下，刑法不一，獄訟繁滋」的時候，上請刑法書一疏說：

「……君臣之分，各有所司，法欲必奉，故令主者守文；理有窮塞，故使大臣釋滯；事有時宜，故人主權斷；主者守文，若釋之犯蹕之平也；大臣釋滯，若公孫弘斷郭解之獄也；人主權斷，若漢

祖戮丁公之爲也。天下萬事，自非斯格重爲，故不近似此類，不得出以意妄議，其餘皆以律令從事；然後法信於下；人聽不惑；吏不容奸；可以言政；人主軌斯格以責羣下；大臣小吏各守其局；則法一矣。古人有言：「善爲政者，看人設教」，看人設教制法之謂也。又曰：「隨時之宜」，當務之謂也，然則看人隨時在大量也，而制其法，法軌既定則行之；行之信如四時；執之堅如金石，羣吏豈得在成制之內，復稱隨時之宜，傍引看人設教以亂政典哉？何則？始制之初，固已看人而隨時矣，今若設法未盡當，則宜改之。……夫人君所與天下共者法也；已令四海；不可以不信爲教；方求天下之不慢不可繩以不信之法……」

可見他很推尊法治的效力。杜預的上律令注解奏，晉書本傳引其原文有說：

「法者，蓋繩墨之斷例，非窮理盡性之書也，故文約而例直，聽省而禁簡，例直易見，禁簡難犯；易見則人知所避，難犯則幾於刑厝。刑之本在於簡直，故必審名分，審名分者必忍小理。……今所注皆網羅法意，格之以名分，使用之者執名例以審趣舍，伸繩墨之直，去析薪之理也」。

刑法志引張裴律表解釋晉律的立法原理說：

「律始於刑名者，所以定罪制也；終於諸侯者，所以畢其政也；王政布於上；諸侯奉於下；禮樂撫於中；故有三才之義焉；其相須而成若一體焉。刑名所以經略罪法之輕重，正加減之等差，明發衆篇之多義，補其章條之不足，較舉上下綱領，其犯盜賊詐偽請賕者，則求罪於此，作役水火畜養守備之細事皆求之作本名，告訊為之心舌，捕繫為之手足，斷獄為之定罪，名例齊其制，自始及終，往而不窮，變動無常，周流四極，上下無方，不離於法律之中也。其知而犯之，謂之「故意」，以為然謂之「失」，違忠欺上謂之「謾」，背信藏巧謂之「詐」，虧禮廢節謂之「不敬」，兩訟相趣謂之「鬬」，兩和相害謂之「戲」，無變斬擊謂之「賊」，不意誤犯謂之「過失」，逆節絕理謂之「不道」，陵上僭貴謂之「惡逆」，將害未發謂之「戕」，倡首先言謂之「造意」，二人對議謂之「謀」，制衆建計謂之「率」，不和謂之「強」，攻惡謂之「略」，三人謂之「羣」，取非其物謂之「盜」，貨財之利謂之「贓」，凡二十者，律義之較名也。夫律者，當慎其變，審其理……五刑不簡，正于五罰；五罰不服，正于五過；意善功惡，以金贖之……以人得罪與人同，以法得罪與法同。侵生害死不可齊其防，親疏公私不可

常其教，禮樂崇於上；故降其刑，刑法閑於下，故全其法；是故尊卑敘；仁義明；九族親；王道平也

……」

張裴對審判心理學頗有發明，如前文說：

「……夫刑者，司理之官；理者，求情之機；情者，心神之使。心感則情動於中而形於言，暢於四支，發於事業；是故奸人心愧而面赤，內怖而色奪；論罪者務本其心，審其情，精其事，近取諸身，遠取諸物，然後乃可以正刑。仰手似乞，俯手似奪，捧手似謝，擬手似訴，拱臂似自首，攘臂似格鬪，矜莊似威，怡悅似福，喜怒憂懼，䫉（貌）在聲色；奸眞猛弱，候在視息……」

這話和德國格魯斯（Hans Gross）所著犯罪心理學（開倫 Horace M. Kailen 譯為英文 Criminal Psychology）的第一部的話極為相近，在中國書裏除偽造的周官裏有「五聽」之說而外，就要算張裴最懂得心理學在司法上所佔位置之重要了。南朝、南齊提倡研究法學以養成專門的司法人才的，據南齊書孔稚珪傳說他在永明（武帝年號）九年上疏——

「……又聞老子、仲尼曰：「古之聽獄者求所以生之；今之聽獄者求所以殺之」；「與殺不辜，

事失有罪」；是則斷獄之職；自古所難矣；今律文雖定；必須用之；用失其平；不異無律；律書精細；文約例廣；疑似相傾；故誤相亂；一乖其綱；枉濫橫起；法吏無解；既多謬僻；監司不習；無以相斷；則法書徒明於帙裏；冤魂猶結於獄中……尋古之名流多有法學：故釋之、定國聲光漢台，元常、文惠績映魏閣，今之士子莫肯為業；縱有習者世議所輕；良由空勲永歲；不逢一朝之賞；積學當年；終為閭伍所蚩；將恐此書永墜下走之手矣今若弘其爵賞；開其勸慕；課業宦流；班習胄子；拔其精究；使處內局；簡其才良；以居外任；……然後姦邪無所逃其刑；惡吏不能藏其詐。……」

他的計劃，不幸「事竟不施行」。崔祖思請擇人習律令奏也說：

「憲律之重，由來尙矣！……實宜清置廷尉，茂簡三官，寺丞獄主，彌重其選，研習律令，刪除繁苛。……漢來治律有家，子孫並世其業，聚徒講授至數百人，故張、于二氏絜譽文宣之世，陳、郭兩族流稱武、明之朝。……今廷尉律生乃令史門戶，族非咸、弘，庭缺于訓，刑之不措，抑此之由。如詳擇篤厚之士，使習律令，試簡有徵，擢為廷尉僚屬。……」

到了隋、唐統一南北有許多法官都很能擁護司法的獨立，如隋時的趙綽、源師、劉行本諸人，（註二）唐書上也記載李乾祐曾諫諍過很賢明的太宗說：

「法令者陛下制之於上率土遵之於下與天下共之非陛下獨有者」。

這種尊重法令的精神可參看唐律、斷獄律說：

「諸斷罪，皆須具引律、令、格、式正文，違者笞四十」。

職制律又規定說：

「諸稱律、令、格、式不便於事者，皆須申尙書省，議定奏聞；若不申議輒奏改行者徒二年」。

以此兩條的條文爲例就可知道有唐一代是怎樣勵行罪刑法定主義了！唐時又很能養成司法的人才；如唐六典所述——

「律學博士……掌教文武官八品以下及庶人子之爲生者。

「律學生以律、令爲專業，格式、法例亦兼習之。……」

新唐書選舉志又有說：

「律學生五十八。……凡生限年……律學十八以上，二十五以下」。

學者文人亦極注意於法的專業化；如白居易論刑法之弊即說：

「……刑法者，君子行之則誠信而簡易，簡易則人安；小人習之則詐偽而滋彰，滋彰則俗弊，此所以刑一而用二，法同而理殊者也。矧又律令塵蠹於棧閣，制勅堆盈於案几，官不徧覩，法無定科，今則條理輕重之文，盡詢於法直，是使國家生殺之柄，假在於小人；小人之心孰不可忍？至有黷貨賄者矣；有祐親愛者矣；有陷讎怨者矣；有畏權豪者矣；有欺賤弱者矣；是以重輕加減，隨其喜怒；出入比附，由乎愛憎；官不察其所由，人不知其所避；若然則雖有貞觀之法，苟無貞觀之吏，欲其刑善，無乃難乎？陛下誠欲申明舊章，劃革前弊，則在乎高其科，重其吏而已。臣謹按漢制以四科辟士，其三曰明習律令，足以決狐疑，按章覆問，文中御史者辟而用之。伏惟陛下懸法學為上科，則應之者必俊乂也；升法直為清列，則授之者必賢良也。然後考其能；獎其善；明察守文者，擢為御史；欽恤用情者，遷為法官；如此則仁恕之誠，廉平之氣，散於簡牘之間矣；掊刻之心，舞文之弊，不生於刀筆之下矣。與夫愚詐小吏竊而弄之者，功相萬也。

……」（註三）

宋代使司法成爲專門事業尤爲努力；據文獻通考說：

「神宗熙寧七年四月設置律學，設教授四員，公試習律令生員議三道，習斷案生員一道，刑名五事至七事，私試義二道，按一道，行名五事至三事，先時已置刑法科，詔法寺主判官諸路監司奏擧京朝官選人兩考者，上等進秩，補法官，餘減磨勘，循資免選射闕推恩有差；法官缺員以次補之；其考試關防，如諸科法」。

這樣可見比較自漢朝以後各代都爲完密了，宋人論及法律的文章如許應龍論法例劄子說：

「臣聞有法之弊，有例之弊；法之弊易見，例之弊難革，舍法而用例，此今日之大患也。夫著而爲律，疏而爲令，編次成書，各有條目，蓋截然而不可易也；是雖旁照有通用，舞文弄法者固未免輕重出入其間，然使有司精明，詳考而熟究之，其姦莫能逃也，豈不曰法之弊易見乎？乃若例者，或出於一時之特恩，或一時權宜，或徇情親故，或迫於勢要，開創是例，援之於法，大相牴牾；而後來者扳援不已，案牘在胥吏之手，有司不可得而知也；執已行之比，有司不可得而拒。

也；豈不曰例之弊難革乎？」（註四）

楊萬里刑法論說：

「臣聞古之立法，不惟懲天下之已犯，亦以折天下之未犯，蓋已犯之必懲，未犯之所以必折也。是故懲之者，法之義；折之者，法之仁；義行故其仁不窮；仁行故其義不數；仁義相有而不相無；此法之利也。後之法非無仁義也，利未見而害先焉者，義數而仁窮而已；義不可數，數則民怨；仁不可窮，窮則民狎，狎則犯者衆，而刑者數。然則刑至於數者，不生於刑之數，而生於仁之窮；民至於怨者，不生於怨其刑，而生於狎其法。……

「古之聖人，其法初不及後世之備也，惟不使仁之窮而民之狎也，是以法立而刑不試；後之法蓋詳且密矣，然文詳而舉之也略，網密而漏之也疏，天下之民窺其略也，則知其詳必至於不舉；習其疏也，則知其密必至於甚漏；知其不舉，則犯之也易；知其甚漏則犯之也頻，刑安得不數？而民安得不怨哉！嗟乎！求用刑之疏者必至於用刑之數，求天下之喜者必反以得天下之怨，理固然也。然則所謂舉之略而漏之疏者何也？一曰，法不爲執而多爲之歧；二曰法徒設

而自廢其禁罪莫大於殺人，罪至於殺人，何以議爲也？則亦殺之而已。漢高祖如此其寬仁也！入關之初欲結天下之心如此其亟也，欲除法之苛，如此其銳也，而其與民約法，亦曰「殺人者死」。帝不以爲疑，民亦不以爲請，何則？上下皆便其當然也。殺人而不死，孰不相殺以至於大亂哉？此豈所謂當然，而天下何便於此也？故雖高帝欲取天下之速，而不敢宥殺人之罪，以諸天下之心，雖秦民之苦於秦，而不以高帝之不宥殺人爲帝之虐，然則古之立法之意可知已矣。而今之法不然，殺一人也，則有曰「盜」曰「鬬」之目焉，則有曰「故」曰「謀」曰「誤」之別焉；曰「盜」曰「謀」曰「故」者，法之所必死也；曰「鬬」，則死生之間也；曰「誤」，則生矣。果誤也而殺人也，又況所謂誤者未必誤，而所謂非謀非故者，未必非謀非故也，何則？法下執而吏可賣，吏可賣而民可遁，有司取其獄而讀之曰：「此眞誤也」！不知夫吏之竊笑也，此之謂「法不執而多爲之歧」。

他這段話痛恨法吏是有激而發的；但他主張「殺人則亦殺之」，不分「謀殺」「誤殺」，這是和原始時代「以齒償齒」(tooth for tooth)「以目償目」(eye for eye)一樣的報復主義，殊屬矯

枉。過。正。他又說：

「夫民之所以畏法者何也？非畏法也，畏刑也。法不用則爲法，法用之則爲刑；民不犯則爲法，民犯之則爲刑，是以畏之也。有法而不用，不如無法，何則？無法則民未測其罪之所當；有法而不用，則民知其法之不足忌，有法而民不忌，是故布之號令不曰號令，而曰空言；垂之簡書，不曰簡書，而曰具文；法至。於。爲。空。言。具。文；是無法。實。於。有法。也。古之法始乎必用，而終於無所用；今之法始乎不用，而終乎不勝用矣。法不求民之人，而拒民之入者也。古之法，民不入也不招以人，而民之入也，不縱以出，夫惟不出，是以不入，故始乎必用，而終乎無所用。今之法有曰「誣人以罪而不實者，罪之以其罪，自大辟以降皆是物也；而用者不然，以一夫之片紙而與大獄，鞫大罪也，卒之所謂大獄者，初無罪之可興；所謂大罪者，初無罪之可鞫；上之人則俱釋之而已矣，受誣者至於破家亡身，而誣人者其極不過杖而遣，則奸民何憚而不屢誣善良以求利也哉？訟獄何時而可淸也？故始乎法不用，而終乎法不勝用，此之謂「法徒設而自廢其禁」。……」

張耒憫刑論上也有說：

「……夫天下之情無窮，而刑之所治有極，使天下之吏操有限之法，以治無窮之情，而不得少議其中，而惟法之知，則下之情，無乃一枉於法而失其實歟？是以先王之時，一權諸人，而不任法，是故使法出於人，而不使人出於法。至於後世，其所以治天下之具，不能如先王之盛時，淳厚之德衰而吏有率私以立法，恃其無法而放肆者，故後世始有刑法之書以治天下。然天下之弊雖不可以不救，而天下之情不可枉也，是故法簡網疏，而人與法兩立而不偏廢。……

「余嘗悲夫後世任法之弊也，蓋其弊非獨法不足以盡其情，而其極乃至於變情而合諸法；蓋罪無心而易移；法有限而難動；故罪輕而法重也不幸無輕刑以處之；則有入之重者矣；罪重而刑輕；不幸無重刑以當之；則出之輕者矣；變罪而附法，失情而合文，不畏情之不盡而慮法之不合；蓋其間有所謂疑慮而上諸有司者，十不過一二而已。嗚呼！任法以治天下，而天下無正刑矣。」

這也是深不滿於法條的繁多；本來宋代法典以數目而論實超越各代；前此的法典不過是每易一

君主卽編修一次而已；但宋代則每改一年號就必有一次乃至數次的編修；所以從宋初到亡國時所歷年月無不從事於編纂法典的事業；許應龍、楊萬里、張耒三人的議論想也不過是時代的反照而已。惟蘇洵所作衡論另有解釋說：

「古之法簡，今之法繁；簡者不便於今；而繁者不便於古；非今之法不若古之法；而今之時不若古之時也。先王之作法也，莫不欲服民之心，服民之心必得其情，情然耶而罪亦然，則固入吾法矣。而民之情又不皆如其罪之輕重大小，是以先王忿其皋而哀其無辜，故法舉其略，而吏制其詳」。

元朝因種族的差異和宗教不同的原故所以常爲一事定一例；這樣流弊就很不少；鄭介夫有上太平策說：

「國家立政必以刑書爲先；今天下所奉以行者；有例可援；無法可守；官吏因得並緣爲欺：如甲乙互訟，甲有力則援此之例，乙有力則援彼之例，甲乙之力俱到，則無所可否，遷調歲月，名曰撒放，使下黔首，無所持循，始之所犯，不知終之所斷，是陷之以刑也。內而省部，外而郡守，抄

寫格例至數十册，民間雜採勅旨條刊行成帙曰斷例條章，曰仕民要覽，家置一本以爲準繩。試閱二十年間之例較之三十年前，半不可用矣；更以十年間之例較之二十年前，又半不可用矣，是百官莫知所守，百姓莫知所避也。孔子曰：「刑罰不中則民無所措手足」，此之謂也。今者號令不常，有同兒戲，下有一緊二慢三休之謠，如往年禁酒而私釀者比屋，有禁牛而私宰者愈多，又知姦盜殺人必不可赦，而每歲放都勤斡以此人心輕於犯法，審囚決獄官每臨郡邑，惟具成案，行故事，出斷一二，便爲盡職；路縣官吏每聞上司官至，則將囚徒保候審錄卽畢，仍復收禁，此皆無法之弊也。又兼衙門紛雜，事不歸一，十羊九牧，莫之適從；凡有公訴，並須約會，虛調文移，動是半年；或指日對問，則各司所管，互相應庇，至一年二年，事無杜絕，遂至強凌弱，衆暴寡，貴抑賤，無法之弊，莫此爲甚……今宜於台閣省部內選擇通經術民治，體練達時宜者，酌以古今之律文，參以先帝建元以來制勅命令，採以南北風土之宜，修爲一代令典；使有司有所遵守，生民知所畏避，國有常科，吏無敢侮，永爲定例，子孫萬世之例也。……」

王圻續通考引蘇天爵奏也說：

「國家自太祖勘定中夏，法尙寬簡；世祖混一海宇，肇立制度，列聖相承日圖政治，雖法令之未行，皆因事以立法；歲月既久，條例滋多。英宗始命中書定爲通制，頒行多方，官吏遵守。然自延祐至今，又幾二十年矣；夫人情有萬狀，豈一例之能拘？加以一時官曹材識有高下之異，以致諸人罪狀，議擬有輕重之殊，繁條碎目，與日俱增，每罰一事，或斷一事，有司引用，不能通舉。若不類編，頒行中外，誠恐遠方之民，或未識而誤犯，姦貪之吏，獨習知而舞文，事至於斯，深爲未便。……」

以上都是就「例」所生的弊害而說，但元朝畢竟廢「例」頒「律」，元文類有憲典總序說：

「皇朝憲典之作，其篇二十有二焉，而各以其序也，法繇名與令自近始，故名例爲法之本，衛禁居令之先，百官有司守法以奉上，布令以御下，故職制次之。敬莫大於事神，長莫於知義，故祭令學規次之。刑以弼教，威以戢暴，故軍律次之。鬬亂式遏，生聚易爭，故戶婚食貨次之，爭起於無厭，無厭者好犯上，故大惡次之，惡之初萌非淫即貪，故姦非盜賊次之，淫貪之作，始於自欺，故詐僞次之；僞作於心，徵於詞氣，故訴訟次之；辭窮則鬬，氣暴則殘，故鬬毆殺傷次之；庶獄

備矣；庶愼興焉；示爲法者，非罔民也；故禁令雖犯，次之；知禁者罪可遠；觸禁者罪不可逃；故捕亡次之；君子立法之制嚴，用法之情恕；無求民於死，寧求民於生；故恤刑平反赦宥又次之；至於終之以獄空，則辟以止辟之效成，刑期無刑之德至矣」。（註五）

明代元興，太祖朱元璋和其他一般立法家都極富有創造精神；在理論方面，如方孝孺深慮論六有說：

「智者立法，其次守法，其次不亂法。立法者，非知仁義之道者，不能；守法者，非知立法之意者，不能；不知立法之意者，未有不亂法者也。古之聖人既行仁義之政矣，以爲未足以盡天下之變，於是推仁義而寓之於法，使吾之法行而仁義亦陰行其中；故望吾之法者，知其可畏而不犯；中乎法者，知法之立無非仁義而不怨，用法而誅其民，其民信之，曰是非好法行也，欲行仁義也。夫法之立，豈爲利其國乎？豈以保其子孫之不亡乎？其意將以利民爾。故法苟足以利民，雖成於異代，出於他人，守之可也。賊反先王之道，而不足以利民，雖作於吾心，勿守之可也。知其善而守之，能守法者也；知其不善而更之，亦能守法者也。所惡乎變法者，不知法之意而以

私意紛更之出於己者以爲是，出於古之人以爲非，是其所當非而非其所宜是，擧天下好惡之公皆棄而不用而一準其私意之法甚則時任其喜怒而亂予奪之平由是法不可行也……」（註六）

這是以民衆福利爲主體的法治主義頗爲難能而可貴的言論此外如馬文昇的請講明法律以重民命疏說：

「……近年以來，兩京法司官員或由進士初除寺正寺副評事主事，或由知州行人就陞員外郎郎中，而御史亦多知縣所除，到任之後，未經問刑，就便斷獄公差，所以律條多不熟讀，而律意亦未講明，所問囚人不過移情就律，將就發落，且笞杖徒流縱有所枉，爲害未大，至於人民一有所寃，關係匪輕；且如強盜窩主，重在造意，若窩藏強盜而不造意，亦難問擬斬罪；又如官吏懷挾私讎故勘平人因而致死，重在懷挾私讎，若因事到官，但有笞罪，雖勘致死，亦止可問擬因公毆人致死徒罪。又如故殺鬭毆殺人，若兩人相爭，互相毆打毆死一人，則名「鬭毆殺人」；一人未曾動手，一人於彼致命處有意致死，則名「故殺」，此等律意人多忽略，有將

強盜窩主未曾造意同謀止是分贓，及官吏因公事毆致死本無私讎，故勘情由而俱問斬罪者；有本係鬭毆而問擬故殺斬罪者；有本係故殺而卻擬鬭毆故殺人絞罪者；……此皆原問官員律學未講律意未明之故也況府州縣官員多有不曉刑名不知律意者……仍乞勅吏部行移法司將撥去進士就令與見任官員一同問刑，以後該選之時，兩京法司有缺，先儘各衙門問刑進士除授；如果法司無缺，方令除授別部等衙門，是亦前代刑官殿科取士之意也。庶使人精法律而刑鮮濫施之弊；獄無冤抑而世抵刑措之美……」

這是列舉事實痛陳司法應專業化的理由還有劉球請刑獄依律問擬疏說：

「古者人君不親出獄而悉付之理官，書所謂『予曰辟爾惟勿辟予曰宥爾惟勿宥惟厥中』，蓋恐徇喜怒有所輕重於其間以致刑失其中也近者法司所上獄狀，有奉勅旨減重爲輕，加輕爲重者，法司既不敢執奏，至於訊囚之際又多有所觀望，以求希合聖意；是以不能無枉臣竊以爲一切刑獄宜從法司所擬設有不當調問得情則罪其原問之官……」

這是發揮司法獨立的話明亡清興黃宗羲明夷待訪錄原法說：

「論者謂有治人無治法，吾以爲有治法而後有治人；自非法之法至梏天下人之手足，即有能治之人終不勝其牽挽嫌疑之顧盼；有所設施亦就其分之所得安於苟簡而不能有度外之功名；使先王之法而在，莫不有法外之意存乎其間；其人是也則可以無不行之意；其人非也亦不至深刻羅網文害天下；故曰有治法而後有治人。

「後之人主既得天下，惟恐其祚命之不長也，子孫之不能保有也，思慮於未然以爲之法；然則其所謂法，有一家之法，而非天下之法也……」

這「天下之法」一句話很能道出以民衆幸福爲前提的法律的精神，和方孝孺眞能先後相輝映！

淸代思想家袁枚在他答金震方先生問律例書說：

「……律者，萬世之法也；例者，一時之事也；萬世之法有倫有要，無所喜怒於其間；一時之事，則人君有寬嚴之不同，卿相有仁刻之互異，而且狃於愛憎，發於倉促，難據爲準。

「譬之律者衡也度也；其取而擬之則物至而權之度之也；部居別白，若網在綱。

「夫律之設，豈徒爲臣民觀戒哉？先王恐後世之人君任喜怒而予言，莫違，故立一定之法以

昭示子孫」。

他也主張雖是君主亦須守法；並排斥無定的「例」，以保護人民的幸福他追記他父親論制定法律用概括法比較用列舉法爲好的理由說：

「古人用心較今人尤精，其不可及者，正在疏節闊目；使人比引之餘；時時得其意於言外；蓋人之情僞萬殊；而國家之科條有限先王知其然也，爲張設大法；使後世賢人君子；悉其聰明；引之而議；以爲如是斷獄固已足矣若必預設數萬條成例；待數萬人行事而印合之；是以死法待生人；而天下事付傀儡胥吏而有餘。」

又說列舉的弊病卽在引例斷案時常有主觀的偏抑之處：

「子產鑄刑書，叔向非之曰：「先王議事以制，不爲刑辟」。武帝增三章之法爲萬三千，盜賊蠭起。大抵昇平時，綱舉而網疏，及其久也，文俗之吏爭能競才，毛舉紛如，反乖政體。

「……夫例者引彼物以肖此物，援甲事以配乙事也，其能無牽合影射之虞乎？律雖繁，一童子可誦而習至於例，則朝例未刊；暮例復下；千條萬端；藏諸故府；聰強之官不能省記；一旦援

引；惟吏是循。或同一事也，而輕重殊；或均一罪也，而先後異；或轉語以抑揚之；或深文以周內之。往往引律者多公，引例者多私；引律者直舉其詞，引例者曲為之證……」（註七）

此外如吳鋌因時論有說：

「古之立法，第論其大者，而損益調劑屬於人，而不以著之於律；後世之法，論其一端，推之千百端而不止，晝一明備，舉纖委毫黍而無一不具，可謂煩且重矣。唐、宋罷肉刑不用，（？）第事鞭扑，如是則法輕矣，而吾謂煩且重者何也？蓋用法之具則輕；而所以立法之意則煩且重也：一舉手不當則有刑，一舉足不當則有刑，一舉耳目不當則有刑，如是則民安所措其身？一人之身，自耳目以至手足，而入於法者十八九，不獨小人，君子亦有一或不當，刑輒及之，孔子曰：「君子懷刑」，蓋謂此也。先王嚴以待天下之君子，寬以待天下之小人，故立法一以中人為準。今之法不論其為何人，而一與君子待之，君子不得於什一，而為中人與小人者以什九數，強天下之中人小人而俱為君子，是猶盲而知黑白之情，聾而欲審清濁之聲也，必不可得矣。刑一人，天下孰不可刑？天下無不可刑之人，而人皆有可刑之法，從而誅之，是殘也。且有不

可勝誅，黠者巧爲之避，愚者輕爲之犯，如是則天下之法，不亂於避法，而亂於犯法矣。犯法者多，不能不有所縱舍，多縱舍則誅不必，誅不必則法弛而民玩，而法之所及者無幾矣。法之煩且重也，固期於必行也，及其弊不至於無法不止。予謂立法惟依舊律；一以中人爲準；情罪俱重者仍之；情罪俱輕者删之；法輕而情重者增之，法重而情輕者酌之，如是則法輕矣；法輕則民寬；民寬則誅必。夫誅必非獨罰罪也，又使必誅者畏懼，未誅者畏懼，是刑一人而一國之人皆勸也，國奚爲不治？今之議者皆曰：「法一輕則吏必易爲奸」，夫法煩且重，則天下軒輊，皆可以求諸法而無不得，吏之爲奸，豈必獨在法之輕也哉？……」（註八）

劉醇法意說：

「爲政之要；用法而不使意過乎法；意過乎法則民不仇法而仇意；不仇法而仇意；非長民者之利也。彼私鑄私販亡命之徒，奸民之未遽爲盜者耳，立法以懲奸，使之有所畏而不敢肆，如是足矣。持之過急，彼知吾意之所在，蹙蹙然無所容其身，不相率變爲盜賊不止。夫網所以捕魚，一旦巨魚觸餌，則奮身決網而去，波濤震沸，漁父不免有覆舟之患，故善釣者取無盡，善治

者法勿苛」（註九）

朱仕秀原法說：

「……脩法奈何？曰刑名之家，曰嚴家無格虜，故明威以行法，細貴深罰以致威，氣中人則賊心生，其法之行如裹鍼於絮，寢處其上，安其柔而不知偪於刺也，息偃輾轉未幾而身且血斃矣，商君以此亡秦，酷吏以此衰漢。……威極而犯，法極而廢，苟取一切，不可暨於精微，垂諸後世，是以明君不用也。故善制法者以意；不善制法者以威」。（註一〇）

歸納他三人的意見都是反對嚴刑的威嚇主義，但所陳理由卻沒有多大精彩。從漢朝儒家獨霸思想界之後，這一類的文字佔絕對大多數；這不過是舉例而已。「法理學」的專門研究實在是不發達；沈家本法學盛衰說曾論其原因如下：

「……李斯相秦，議請史官非秦記皆燒之，非博士官所職，天下敢有藏詩書百家語者，悉詣守尉雜燒之；若欲學法令者以吏爲師；自是法令之書藏於官府；天下之士阨於聞見；斯時朝廷之上方以法爲尙；四海之內必有不屑以吏爲師者；而此學亦遂衰——

「漢興雖弛秦禁，而積習已久，未能遽改，外郡之學律令者必詣京師；又必於丞相府……

「宋承唐律，通法學者代有其人，蓋自魏置律博士一官，下及唐、宋，或隸大理，或隸國學，雖員額多寡不同，而國家既設此一途，士之講求法律者，亦視爲當學之務，傳授不絕於世，迨元廢此官；而法學自此衰矣。

「明設講讀律令之律，研究法學之書，世所知者約數十家，或傳或不傳，蓋無人重視之故也。本朝講究此學爲世所推重者不過數人，國無專科；羣相鄙棄。紀文達編纂四庫全書「政書類」法令之屬，僅收二部，存目僅收五部，其按語謂「刑爲盛世所不能廢，而亦盛世所不尚，所錄略存梗概，不求備也」。夫四庫目錄乃奉命撰述之書，天下趨向之所屬，今創此論於上；下之人從風而靡；此法學之所以日衰也……」（註一一）

沈氏爲晚清法學大家；所言自然深中肯綮了。

（註一）北京晨報社七週年紀念刊專著欄。

（註二）參看拙著中國法律發達史上册第十八章第三百二十八、九兩頁。

（註三）長慶集卷第四十八。

（註四）南宋文範卷二十四。

（註五）元文類卷四十二。

（註六）遜志齋集卷二。

（註七）參看拙作大思想家袁枚評傳第七章第二六〇至二六四頁。

（註八）涵芬樓古今文鈔卷六。

（註九）國朝文匯丙集卷二十五。

（註一〇）前書丁集卷三。

（註一一）寄簃文存卷三第四十一至四十三頁。

第二部　特殊法律問題的辯難

這一部分和以前所述不同，即凡在法律範圍內起了問題的時候；便有「贊成」與「反對」的方面；他們的辯難在今日看來還很有生氣；彷彿可說是從漢到清兩千多年法律思想裏蘊蓄的義意最為深厚的即屬於此部分；現因其條理過於繁複分為（甲）刑法方面；（乙）民法方面來加以詳細說明：

（甲）刑法方面

（子）法律平等的問題

西洋人所說「凡人在法律之前皆爲平等」這句話在中國戰國時的法家是很爲首肯的，但在儒家卻有「贊」「否」兩說的不同：春秋、戰國時的孔子、孟子便以法律不應該平等；此說到秦亡漢興大爲盛行。那部僞造的周禮「秋官」「司寇」條就有說：

「小司寇以五刑聽萬民之獄訟，凡命夫命婦不躬坐獄訟；凡王之同族有罪不即市」。

鄭玄說：「爲治獄吏褻尊者也不身坐者，必使其屬若子弟也」。

喪服傳說：「命夫者，其男子之爲大夫者；命婦者，其婦人之爲大夫之妻者」。

王安石說「命夫命婦不躬坐獄訟者貴貴也；王之同族有罪不即市者親親也；貴貴親親如此而已；豈以故撓法哉？」（註一）

前書又列舉有應受法律優待的身分的人共爲以下八種：

「以八辟（法也）麗（附也）邦法，附刑罰：一曰議親之辟，二曰議故之辟，三曰議賢之辟，

四曰議能之辟，五曰議功之辟，六曰議貴之辟，七曰議勤之辟，八曰議賓之辟」。

鄭玄說：「「親」若今時宗室有罪先請是也；「故」謂舊知也；「賢」謂有德行者若今廉吏有罪先請是也；「能」謂有道藝者；「功」謂有大勳力立功者；「貴」若今吏墨綬有罪先請是也；「勤」謂憔悴以事國；「賓」謂所不臣者，三恪二代之後」。

丘濬大學衍義補說：「王之親故不可與衆人同例，有罪議之，所以教天下之人愛其親族，厚其故舊。國之賢能不可與庸常同科，有罪議之，所以教天下之人尙乎德行，崇乎道藝。有功者則可以折過失，有罪議之，則天下知上厚於報功，而皆知所懋。有位者不可以輕摧辱，有罪議之，則天下知上之重於貴爵，而皆知所敬。有勤勞者不可以沮抑，有罪則議之，使天下知上之人不忘人之勞。爲國賓者宜在所優異，於有罪則議之，使天下知上之人有敬客之禮；先儒謂八者天下之大教，非天子私親故而撓其法也，人倫之美，莫斯爲大」」（註二）

按這所謂「八議」之說簡直具體的整個表現於中國的法律條文中，如唐六典注說：

「八議自魏晉宋齊梁陳後魏北齊後周及隋皆載於律」。

魏、晉、宋、齊、梁、陳、後魏、北齊、後周諸律關於「八議」如何規定，已不可考，惟隋書刑法志曾引開皇律說：

「其在「八議」之科及官品第七以上犯罪皆例減一等；其品第九以上犯者聽贖」。

到了唐律規定尤爲詳密，如名例律說：

「一曰議親，謂皇帝袒免以上親以太皇太后，皇太后緦麻以上親，皇后小功以上親。

二曰議故，謂宿得侍見，特蒙接遇歷久者。

三曰議賢，謂賢人君子言行可爲法則者。

四曰議能，謂能整軍旅，莅政事，鹽梅帝道，師範人倫者。

五曰議功，謂能斬將搴旗，摧鋒萬里，或率衆歸化，事濟一時，匡救艱難，銘功太常者。

六曰議貴，謂職事官自三品以上，散官二品以上，及爵一品者。

七曰議勤，謂大將吏恪居官次，夙夜在公，若遠使絕域，經涉險難者。

八曰議賓，……若今周後介公，隋後鄗公，並爲國賓者」。

又說：

「諸八議者犯死罪皆條所坐及應議之狀，先奏請議，議定奏裁，流罪以下減一等。……」

此後宋刑統、大元通制、大明律、大清律例等都有「八議」的規定，可見影響的久遠了。但「八議」還只限於有最特殊的身分的少數人，至如禮記、曲禮所說：

「禮不下庶人，刑不上大夫」。

鄭玄說：「禮不下庶人者，為其遽於事，且不能備物」。

孔穎達說：「刑不上大夫者，制五刑三千之科條，不設大夫犯罪之目也，所以然者，大夫必用有德，若逆設其刑，則是君不知賢也」。

柯尚遷說：「禮之所制，貴者始也，故不下庶人；刑之所加，賤者始也，故不上大夫。蓋禮者，備物者也，物備而后義興，義興而後禮行，庶人賤者，何物之備？故禮不責焉。然天敘天秩自不可廢，非其文之謂也；夫刑，懲惡者也，惡刑而後聽獄，聽獄而后刑加，大夫以德爵者也，無德不得為大夫矣！何惡之懲？故刑不及焉，禮所以救未然之防，豈使人因此而自放焉」。（註三）

這裏所謂的「庶人」實包括很廣泛而數目佔絕對多數的下層階級。戴德所集的大戴禮記有一段發揮此種思想最詳，如說：

「刑法者，御人之御勒也；吏者，轡也；刑者，策也；天子御者，內史太史，左右手也。古者以法爲御勒，以官爲轡，以刑爲策，以人爲手而御天下。公家不畜刑人，大夫不養，士遇之途不與之言，屏諸四方，唯其所如，不及以政，不欲生之故也。又曰刑不上大夫者，古之大夫有坐不廉汚穢者，則曰「簠簋不飾」；淫亂男女無別者，則曰「帷薄不修」；罔上不忠者，則曰「臣節未著」；罷軟不勝任者，則曰「下官不職」；干國之紀者，則曰「行事不請」；此五者大夫定罪名矣，不忍斥然以正呼之，是故大夫之罪，其在五刑之域者，聞有譴發，則自冠氂纓盤水加劍，造乎闕而自請罪，君不使有司執縛牽而加之也；其有大罪者，聞命則北面跪而自裁，君不使人捽引而刑殺之也，曰「子大夫自取之耳，吾遇子有禮矣」」是曰「刑不上大夫」」。

按這文從「又曰「刑不上大夫者」……」起和賈誼上漢文帝疏相同，大概戴德集禮記時纔把牠收入，另據前漢書賈誼傳說：

「孝文時，賈誼上疏曰：「古者廉恥節禮，以治君子，故有賜死而無戮辱，是以黥劓之罪，不及大夫。今自王侯三公之貴，皆天子所改容而禮之也，而今與衆庶同黥，劓，髡，刖，笞，傌，棄市之法，被戮辱者不泰迫乎？未嘗已在貴寵之位，今而有過，廢之可也，退之可也，賜之死可也，滅之可也；若夫束縛之，係緤之，輸之司寇，編之徒官，司寇小吏詈罵而榜笞之，殆非所以令衆庶見也」」。

此後如北朝的魏祕書丞李彪上封事也引「大臣賜死之禮」說：

「聖朝賓遇大臣，禮同古典，自太和以降，有罪當陷大辟者，多得歸第自盡，遣之日，深重隱愍，言發悽淚，百官莫不見，四海莫不聞，誠足以感將死之心，慰戚屬之情，然恩發至衷，未著永制，此愚臣所以敢陳末見。昔漢文時有告丞相周勃謀反，逮繫長安獄，頓辱之與皁隸同，賈誼乃上書極陳君臣之義不宜如是，孝文深納其言，是後大臣有罪，皆自殺不受刑；至孝武時稍復入獄，良由孝文行之當時，不爲永制故耳。今天下有道，庶人不議之時，臣安可陳瞽言於朝？但恐萬世之後，繼體之主有若漢武之事焉。夫道貴長久，所以樹之風聲也；法尚不虧，所以貽厥

孫謀也，焉得行恩當時，而不著長世之制乎」？（註四）

南朝的宋文帝雖採納王弘的「士人親犯盜贓宜依科律糾責，不得復加恩宥」的建議（詳後）似有法律平等之意，但孝武帝時劉秀之請改定制令就有說：

「民敬官長比之父母，行害之身雖遇赦謂宜長附尙方，窮其天命，家口令補兵」。

竟得施行，就可知「議貴」之說仍爲有力。梁朝施刑也是最不平等，但章炳麟五朝法律索隱卻有說：

「官吏犯杖刑者論如律。

「隋志述梁律有免官加杖督一百，奪勞百日，杖督一百二條，免官則已去位矣，奪勞者猶未去官，即亦如法杖督，明收贖之法，不及官吏也。

又說：

「……昔秣陵老人遮梁武帝曰：「陛下爲法急於黎庶，緩於權貴，非長久之術，誠能反是，天下幸甚」！然則刑不上大夫者，特肉食者所以自謀，民心弗擾亦明矣。梁時官吏杖督之法猶

在，老人已觖望今又剗去此律，故知古之爲法急於佐百姓；今之爲法急於優全士大夫；託其名曰重廉恥尊其文曰存紀綱；不悟廉恥方殰於此紀綱亦壞於此……」（註五）

章先生的本意固是很好，但事實上梁朝卻不曾「明收贖之法不及官吏」，試仔細一讀隋書刑法志就有和這樣相反的話說：

「將吏已上及女人應有罰者，（按罰卽係鞭杖罰）以罰金代之」。

這又何嘗不優待將吏？雖說下文緊接着一筆但書：

「其以職員應罰及律令指名制罰者，不用此令」。

而不在「但書」限制內的將吏自然可以贖罪；是梁朝法律對有特殊身分的人士也同樣的予以優待。到了唐朝，褚遂良有諫五品以上妻犯姦不沒官表說：

「……臣昨日伏見勅門下五品以上官人妻及女等有犯罪者並沒爲官婢。夫犯惡逆始用此刑，不然歷代雜刑曾無此準聖主可以理干臣乞以一理敢煩天聽：夫禁穢犯姦，既張羅網，生民干犯，必有其事今忽有三公六尙書等官當重寄，或有子數人半居文武而此三公六尙

會之婦忽犯姦淫，彼猖衢路，沒爲官婢，其夫旣恥，其子亦愧，更何顏以在列？亦無面以當官，合門恥辱，一時俱棄。至於九卿之室，十二衛將軍之妻，沒爲官婢，夫豈不愧？雖有文武之幹，珪璋之質，朝廷之所嗤笑，儕流之所指點，有貽伊戚，理須屏跡，臣恐失諸人倫，其從此起，是以古者存其大體而略其細微，掩其家室而用其才能。若沒其女，亦爲狼狽，厥父與兄胡顏自處？……更請一言，忽若郡王近親縣主密屬有如此者，若爲處置，若沒爲官婢則非復國章；若不爲僣，則罪同異罰。臣詳案前載，參驗當今，輕敢思量，實爲不可。……」

宋神宗熙寧二年知審刑院蘇頌上疏，請免祖無擇赴秀州制勘（即受推鞫）說：

「古者命夫命婦不親坐獄，蓋不使始常貴者與徒隸辨訟，所以養廉恥而崇禮節也。國朝推鞫之制，命官犯贓罪，亦先勘干連人，證驗分明，方得追攝；其餘有犯，如事狀明白，三次拒抗，即勒令參對，是一命以上犯罪與庶民有差等。若其職列貴近，上嘗所加禮以待之者，誠宜寬其縲繫以存事體也。祖無擇遭遇三朝，擢在近列，出典藩服，案轄一道，罷郡未久，一旦有罪，便與嘗所統臨羣吏辭對曲直，不唯吏民聽望不足，抑於朝廷事體虧損。……」（註六）

徽宗政和七年詔——

「品官犯罪，三問不承，即奏請追攝；若情理重害而拒隱者，方許枷訊，所以示別也。邇來有司廢法，不候三問追攝，不原輕重枷訊，與常人無異；將使人有輕視爵祿之心；可申明條令，以稱欽恤庶獄之意」。

又詔——

「宗室犯罪與常人同法；有司承例奏請，不候三問未承，即加訊問；非朕所以篤親親之恩也。自今有犯，除涉情理重害，別被處分外，餘止以衆證爲定，仍取伏辨，無得輒加捶拷；若罪至徒以上，方許依條置勘；其合庭訓者，並送太宗正司，以副朕敦睦九族之意」。（註七）

蒙古元朝據憲典總序說：

「國家待國人異色目，待世族異庶人，其有大勳勞於王室者，則固當有九死無與之賜，十世猶有之恩歟？若夫官由制授者，必聞罪而論罪；法從吏議者，許功過之相續，豈非八議之遺意乎」？（註八）

明太祖與侍臣論待大臣之禮：

「劉基曰「古者公卿有罪，盤水加劍，詣請密室自裁，未嘗辱之」。嘗同侍坐，因取大戴禮及賈誼疏以進，且曰「古者刑不上大夫，所以勵廉恥，而君臣之義兩盡也」。帝深然之，……」（註九）

世宗嘉靖初，詹事霍韜上疏說：

「天下刑獄，付三法司足矣；錦衣衛復隸刑獄橫撓之，越介胄之職侵刀筆之權；不亦甚乎？光武尚高節，名節之士滿東都，以扶漢鼎；宋祖敦廉恥，刑罰不加衣冠，忠義之士爭死沒世；今江西事變，死者四人而已，足驗今之喪廉恥賤節義者衆也，顧不係所養乎？……士夫有罪，下之刑曹辱矣！顧使官校當衆執之，脫衣冠以就鎖梏，屈體貌以聽武夫，朝列濟班，而暮幽汙獄，剛氣由此折盡矣！不亦甚乎？……」（註一〇）

由以前看來，「禮不下庶人，刑不上大夫」差不多成爲中國幾千年來的社會意識。但反對的議論——即主張法律應該平等的人的意見也不能漠視。如王充曾說：

「法。。天。。下。。之。。名。。器。。也；法。。可。。宥。。焉；天。。子。。不。。得。。以。。私。。誅；法。。可。。誅。。焉；天。。子。。不。。得。。以。。私。。宥；故。。殺。。人。。者。。死。。文帝之法，乃受之高祖者也，（薄）昭殺漢使正坐此科，醜惡椒房，盜竊神器，悉此焉基之；斯時也將欲全之以保母生，則上違高祖之成憲固不孝也；將欲殺之以保宗社，則母或不食而死，亦不孝也；但誅昭以傷母，其不孝之罪小；廢法以存昭，其不孝之罪大。世固未有變及乘輿，而母能獨存者也？則誅昭正所以存母耳。……」

司馬光也說：

「李德裕以爲漢文帝誅薄昭，斷則明矣，於義則未安也。秦康送晉文，興如存之感，況太后尚存，唯一弟薄昭，斷之不疑，非所以慰母氏之心也。愚以爲法者天下。。之。。公。。器。。；惟。。善。。持。。法。。者。。，親。。疏。。如。。一；無。。所。。不。。行。。；則。。人。。莫。。敢。。有。。所。。恃。。而。。犯。。之。。也。。……」（註一二）

按南朝宋文帝時對「士人親犯盜贓宜依科律糾責不得復加恩宥」一論題，當時諸法家曾大開論戰，眞可算。。前。。漢。。鹽。。鐵。。論。。以。。後。。的。。第。。一。。次。；據宋書王弘傳說：

「……元嘉（文帝年號）六年弘表乞解州錄，……與八座丞郎疏曰「同伍犯法，無士人

不罪之科，然每至詰謫輒有請訴，若垂恩宥，則法廢不可行；依事糾責，則物以爲苦怨，宜更爲其制，使得憂苦之衷也。又主守偷五匹，常偷四十匹，並加大辟，議者咸以爲重，宜進主偷十匹，常偷五十匹死，四十匹降以補兵。……」

「左丞江奐議「士人犯盜贓不及棄市者刑竟自在贓汙淫盜之目，清議終身，經赦不原，當之者足以塞衍，聞之者足以鑒誡，若復雷同羣小，謫以兵役，愚爲苦，符伍雖比屋鄰居，至於士庶之際，實自天隔，舍藏之罪無以相關，奴客與符伍交接，有所藏蔽，可以得知，是以罪及奴客；自是客身犯愆非代郎主受罪也。如其無奴，則不應坐」。

「右丞孔默之議：「君子小人既雜爲符伍，不得不以相檢爲義；士庶雖殊，而理有聞察，譬百司居上，所以下不必躬親而後同坐，是故犯違之日，理自關，今罪其養子典計者，蓋義存戮僕，如此則無奴之室豈得宴安？但既亡復士，宜令輸贖，常盜四十匹，主守五匹，降死補兵，雖大存寬惠，以紓民命，然官及二千石及失節士大夫時有犯者，罪乃可戮，恐不可以補兵也。謂此制可施小人，士人自還用舊律」。

「尚書王准之議：「昔爲山陰令，士人在伍謂之押符，同伍有愆，得不及坐；士人有罪，符伍糾之；此非士庶殊制，實使即刑當罪耳。束脩之胄與小人隔絕，防檢無方，宜及不逞之士，事接羣細，旣同符伍，故使糾之，於時行此，非一處」。

「左丞議：「奴客與鄰伍相關，可得檢察，符中有犯，使及刑坐，即事而求，有乖實理。有奴客者類多使役東西分散，住家者少；其有停者左右驅馳，動止所須，出門甚寡；典計者在家十無其一，奴客坐伍，濫刑必衆，恐非立法當罪本旨」。

左丞議：「士人犯偸不及大辟者宥補兵，雖欲弘士，懼無以懲邪；乘理則君子違之，則小人制嚴於上，猶冒犯之，以其宥科犯者或衆，使畏法，其心乃所以大宥也。且士庶異制，意所不同」。

「殿中郎謝元議：「謂宜先治其本，然後其末可理；本所以探士大夫於符，而末所以檢小人邪，可使受檢於小人邪。士犯坐奴，是士庶天隔，則士無弘庶之由，以不知而押之於伍，則是受檢於小人也，然則小人有罪，士人無事，僕隸何罪？而令坐之，若以實相交關，貴其聞察，則意有未因，何者？名實殊章，公私異令，奴不押符，是無名也；民之貲財，是私賤也；以私賤無名之人，豫

公家有實之任，公私混淆，名實非允，由此而言，謂不宜坐，還從其主，於士爲宜，無奴之士不在此例。若士人本檢小人，則小人有過，已應獲罪，而其奴則義歸戮僕，然則無奴之主未合宴安，使之輸贖於事非謬，二科所附，唯制之本耳，此自是辨章二本，欲使各從其分，至於求之管見，宜附前科，區別士庶，於義爲美。……」

「吏部郎何尚之議：「按孔右丞議士人坐符伍爲罪，有奴，罪奴，無奴輸贖，既許士庶緬隔，則聞察自難，不宜以難知之事，定以必知之法。夫有奴不賢，無奴不必不賢，今多僮者，傲然於王憲，無僕者怵壓於時網，是爲恩之所霑，恆在程卓；法之所設，必加顏原，求之鄙懷，竊所未愜。謝殿中謂奴不隨主，於名分不明，誠是有理，然奴僕實與閭里相關，今都不問，恐有所失，意同左丞議」。

「弘議曰：「尋律令既不分別士庶，又士人坐同伍罹謫者無處無之，多爲時恩所宥，故不盡親謫耳。吳及義興適有許、陸之徒，以同符合給二千石論啓丹書，已未問會稽士人云，十數年前亦有四族坐此被責，以時恩獲停，而王尚書云「人舊無同坐」，所未之解，恐蒞任之日，偶

不值此事故邪？聖人御世，士人誠不憂至苦，然要須臨事論通，上干天聽爲紛擾，不如近爲定科，使輕重有節也。……（主守）偸五匹（常偸）四十匹謂應見優量者，實以小吏無知，臨財易昧，或由疏慢，事蹈重科，求之於心，常有可愍，故欲小進匹數，寬其性命耳。至於官長以上，荷蒙祿榮，付以局任，當正己明憲，檢下防非，而親犯科律，亂法冒利，五匹乃已爲弘矣。士人無私相偸四十匹，就使至此，致以明罰，固其宜耳，並何容復加哀矜？……」」

唐肅宗至德二年，「將軍王去榮以私怨殺本部富平縣令杜徽，當死，上以其善用礮，勅免死，以白衣於陝郡効力」，中書舍人賈至上疏說：

「易曰：臣弒其君，子弒其父，非一朝一夕之故，其所由來漸矣；若縱去榮，可謂生漸矣。議者謂陝郡初復，非其人不可守，然則他無去榮者，何以亦能堅守乎？陛下若以礮石一能，卽免殊死，今諸軍技藝絕倫者，其徒實繁，必恃其能，所在犯上，復何以止之？若止捨去榮而誅其餘者，則是法令不一，而誘人觸罪也。今惜一去榮之材而不殺，必殺十如去榮之材者，不亦其傷益多乎？夫去榮逆亂之人也，焉有逆於此，而順於彼？亂於富平，而治於陝郡，悖於縣君而不悖於大

君歟」？下其事令百官議，太子太師韋見素等議：

「以爲法者天地大典，帝王猶不敢擅殺，而小人得擅殺，是臣下之權過於人主也。去榮旣殺人不死，則軍中凡有技能者亦自謂無憂，所在暴橫，爲郡縣者，不亦難乎？陛下爲天下主，愛無親疏，得一去榮而失萬姓，何利之有？於律殺本縣令，列於十惡，而陛下寬之，王法不行，人倫道屈，臣等奉詔，不知所從。夫國以法理，軍以法勝，有恩無威，慈母不能使其子，陛下厚養戰士，而每戰少利，豈非無法乎？今陝郡雖要，不急於法也，有法則海內無憂不克，況陝郡乎？無法則陝郡亦不可治，得之何益？而去榮末技，陝郡不以之存亡，王法有無，家國乃爲之輕重。此臣等所以區區願陛下守貞觀之法」，

上竟捨之」。（註一二）

在唐代學者文人中提倡法律平等的要算呂溫爲佼佼出衆的人，他在功臣恕死議一文說：

「……昔衛蒯聵以竊國之詐，盟其陪臣，服冕乘軒，三死無與，近代惑者，因爲口號，於是有功臣恕死之典。考諸古訓，其異端歟？稽諸時事，其亂本歟？何者？有國之柄，莫大乎刑賞。人生有欲，

不可以不制；天討有罪不可以不刑；蓋刑者，聖人時以佐道德而齊天下者也。功濟乎物，不可以不賞；賞勸乎功不可以不信，蓋信聖王所以一號令而惇天下者也。然則恕死之典；棄信而廢刑；何以言之夫立功者自八元十亂之後，非盡能賢或有起居販鬻畝行陣之間，乘帝王應天順人之勢，用力無幾，遂貪天功；超騰風雲，各得變化，率勞怙寵，屈強自負，僭冒無厭，見利忘義，是宜崇威峻法大爲之防，而反丹書鐵券，許以不死，其功大者可以五作亂而十犯上，孰不以暴爲無傷乎？且人君之言如渙汗不反，既與之要天地，誓河山，卒一旦失馭，有黥韓之罪；神怒人怨；不得已而誅；是棄信也。若恣行兇險，隳突憲綱，或姦鋒將發，釁逼宗社，乃念斯言之玷，忍而不誅；是廢刑也。向者纔得其塵涓之效，螢燭之助，而信棄刑廢；將焉用之？使賢而有功；驚寵懼滿；自居無過之地；何恕死爲？使愚而有功，已小人之幸，又告以無死，是增驕而啓姦，適所謂賞之禍也。雖恕之死，其能免乎？夫其賢如太公，忠如伊尹，唯君知臣可以勿貳，而邊宥以死罪；是疑其不終；非所以待之以誠；而盡君子之心；若乃猾如狗盜；庸如黥徒；未有罪而先恕之死；是不許其慕生廉恥；自周名節；非所以導之以德；而勸小人之善也。以爲明君之處勞臣也；

安之以爵祿；護之以紀律；明之以好惡；聳之以禍福；使得遷善遠罪；保勳全名；剖符傳慶；與國終始；恩斯勤斯；是亦極矣；奈何撓權亂法；以罪寵人；墜信賞必罰之典；虧昭德塞違之道；恐非哲王經邦軌物之制也」。(註一三)

宋李覯刑禁篇也有說：

「先王之時；雖同族；雖有爵；其犯法當刑；與庶民無以異也。法者；天子與天下共也。如使同族犯之而不刑殺；是爲君者私其親也；有爵者犯之而不刑殺；是爲臣者私其身也；君私其親；臣私其身；君臣皆自私；則五刑之屬三千；止爲民也。慶賞則貴者先得；刑罰則賤者獨當；上不媿於下；下不平於上；豈適治之道耶？故王者不辨親疏；不異貴賤；一致於法……」(註一四)

那位「讀書不讀律」的蘇軾也曾進過策說：

「方今法令至繁，觀其所以防姦之具，一舉足且入其中，而大吏犯之，不至於可畏，其故何也？天下之議者曰：「古者之制，刑不上大夫，大臣不可以法加也」。嗟夫！刑不上大夫者；豈曰大夫以上有罪而不刑歟？古之人君責其公卿大臣至重，而待其士庶人至輕也；責之至重，故其

所以約束之者愈寬待之至輕，故其所以隄防之者甚密。夫所貴乎大臣者，惟其不待約束而後免於罪戾也，是故約束愈寬而大臣益以畏法；何者？其心以爲人君之不我疑，而不忍欺也；苟幸其不疑而輕犯法，則固以不容於誅矣，故夫大夫以上有罪，不從於訊鞫論報，如士庶人之法，斯以爲刑不上大夫而已矣。天下之吏自一命以上，其莅官臨民，苟有罪，皆書於其所謂曆者，而至於館閣之臣出爲郡縣者，則遂罷去，此眞聖人之意，欲有以重責之也，奈何其與士庶人較罪之輕重，而又以其爵減耶？夫律有罪而得以首免者，所以開盜賊小人自新之塗；而今之卿大夫有罪亦得以首免，是以盜賊小人待之歟？天下惟無罪也，是以罰不可得而加；知其有罪而特免其罰；則何以令天下？今夫大臣有不法或者既以舉之，而詔曰勿推，此何爲者也？聖人爲天下，豈容有此曖昧而不決？故曰，厲法禁自大臣始，則小臣不犯矣」。（註一五）

金朝世宗說的一段話更爲痛快；金史刑志記載——

「大定（金世宗年號）二十五年，后族有犯法者，尙書省引「八議」奏，上曰：「法者，天下持平之器，若親者犯而從減，是使之恃此恣横也。昔漢文誅薄昭，有足取者。前二十年后族濟

州節度使烏林達鈔兀嘗犯大辟，朕未嘗宥，今乃宥之，是開後世輕重出入之門也」宰臣曰：「古所以議親尊天子別庶人也」。上曰「外家自異于宗室，漢外戚權太重，至移國祚，朕所以不令諸王公主有權也。至若議賢，既曰賢矣，肯犯法乎？脫或緣坐，則固當請減也」二十六年遂奏定太子妃大功以上親及與皇家無服者，及賢而犯私罪者，皆不入議」。

清朝世宗據大清會典也載有雍正六年諭「八議」之條不可爲訓，是這兩位世宗所見都略同了。不過就大體說來「刑不上大夫」一派的影響實遠在主張「法律應當平等」一派之上；若就理論方面加以批評，則後派自較前派爲圓滿堅實，又在中國法律思想史上不祇有反對那些政治上有特殊地位的人應享受法律的優待，就是有資產的人犯法贖罪也受非難，如前漢書蕭望之傳就記載望之與少府李彊合議的話說：

「……今欲令民量粟以贖罪，如此則富者得生，貧者獨死，是貧富異刑而法不壹也。人情貧窮，父兄囚執，聞出財得以生活，爲子弟者將不顧死亡之患，敗亂之行以赴財利，求救親戚，一人得生，十人以喪，如此伯夷之行壞，公綽之名滅，政教壹傾，雖有周召之佐，恐不能復古者。

……」

貢禹傳記他在元帝時上疏說：

「武帝縱嗜欲，用度不足，乃使犯法者贖罪；入穀者補吏，是以天下奢侈，官亂民貧；盜賊並起；亡命者衆，郡國恐伏其誅，則擇便巧史書習於計簿，能欺上府者以爲右職；姦軌不勝，則取勇猛能操切百姓者，以苛暴威服下者，使居大位，故無義而有財者顯於世，欺謾而善書者尊於朝，誖逆而勇猛者貴於官，故俗皆曰何以孝弟爲？財多而光榮，何以禮義爲？史書而仕宦，何以謹愼爲？勇猛而臨官，故黥劓而髡鉗者，猶復攘臂爲政於世；行雖犬彘；家富勢足；目指氣使；是爲賢耳。故謂居官而置富者爲雄桀，處姦而得利者爲壯士，兄勸其弟，父勉其子，俗之敗壞，乃至於是，察其所以然者，皆以犯法得贖罪；求士不得眞實，相守崇財利，誅不行之所致也。今欲興至治；致太平；宜除贖罪之法」。

唐代呂溫的復漢以粟爲賞罰議也說：

「先王賞以飾喜，罰以飾怒，喜必待功而賞不濫行，怒苟得罪而罰無輕赦，其來尚矣。漢氏兼

霸道而隳王制，昧宏規而狃小利，俾其納粟除罪拜爵，以罰人則廢法，以賞人則廢功，以儲蓄則廢本，是沮勞惠姦，而息棄南畝也。何以言之？惟名與器不可假人，而班爵於幷兼之家，析圭於滯積之室，使屠沽賤隸，凌駕英豪。苟有懷於廉恥之心，豈復致患難之死，雖月要天地，日誓山河，而賞不足以勸矣；天討有罪，刑茲無赦，而撓權於殘賊之徒，屈法於姦宄之黨，使凶人酷吏，言暴無傷，苟開必免之門，孰懲罔極之惡！雖臨以斧鉞，驅於鼎鑊，而刑不足以威矣。且朝廉好爵，以粟授受，國有常刑，以粟出入，貪利愛生之徒，孰不願空壠畝而貿圭組，竭倉廩而救死亡？拜爵者坐等封君，遂忘其本業，免罪者室如懸磬，曷保其生？聚雖使三公九卿躬執耒耜，而嗇不可以務矣。……」（註一六）

在上所列舉諸人裏頭，像呂溫這樣從政治經濟兩方面徹底主張法律平等，可算是獨一無二的了。

此外如大學衍義補引——

「或問朱熹曰「贖刑非古法歟」？

曰：「古之所謂贖刑者贖鞭扑耳。夫既已殺人傷人矣；又使之得以金贖；則有財者皆可以殺

人。傷。人而無。辜。被。害。者。何。其。大。不。幸。也！……」（註一七）

又引——

「董鼎曰：「……穆王（呂刑）迺以刑爲致罪，以罰爲贖金，旣謂五刑之疑有赦，而又曰其罰若干鍰，則雖在疑赦，皆不免於罰贖，五刑。盡。贖，非。鬻。獄。乎？自。是。有。金。者。雖。殺。人。可。以。無。死；而刑。者。相。半。於。道。必。皆。無。金。者。也。中。正。安。在。哉。」？（註一八）

丘濬也有說：

「……夫罪入五刑而可疑者，使富。而。有。金。者；出。金。以。贖。其。罪。可。矣；若。夫。無。立。錐。之。民；而。犯。大。辟。之。罪；何。從。而。得。金。千。鍰。乎？如。是。則。罪。之。疑。者；富。者。得。生；貧。者。坐。死；是。豈。聖。人。之。刑。哉……」（註一九）

又說：

「按辟以止辟，此二帝三王立法之初意也。若。死。者。而。可。以。利。贖；則。犯。法。死。者。皆。貧。民；而。富。者。不。復。死。矣！其他雜犯贖之可也，若。夫。殺。人。者。而。亦。得。贖。焉；則。死。者。何。辜？而。其。寡。妻。孤。子；何。以。洩

其憤哉！死者抱千載不報之寃；生者含沒齒不平之氣；以此感傷天地之和；致災異之變；或馴致禍亂者；亦或有之……」（註二〇）

這都是痛恨因貧富而科罪不平等的話；但丘氏對於本朝（朱明）的律文卻極盡讚美與辯護的能事，如說：

「……國初雖因唐制而贖以鈔，五刑一十九等自六百文以至四十二貫，第立制以爲備，而不盡用也。其後或隨時以應用，而有罰米贖罪之比，然皆以貸輕刑爾，而眞犯死罪者則否；（？）是以一世之人得以安其室家之樂，而無流徙之苦；役作於外者，曾不幾時限滿而歸者卽復如舊，富者不以財而幸免，貧者不以匱而獨死……」（註二一）

其實明代贖罪很濫；續文獻通考就有記載說：

「太祖洪武六年正月定職官以「俸」贖罪例。……二十三年十月令殊死以下囚輸「粟」北邊自贖。……三十年更定「運米」例，死罪一百石，徒流遞減；力不及者，死罪自備米三十石，徒流罪十五石；俱赴甘州地方上納；就彼充軍。宣宗宣德元年四月更定運「鈔」贖罪例，

先是永樂十七年六月詔雜犯死罪以下運「甎」贖罪。英宗正統三年八月以陝西饑令雜犯死罪以下輸「銀」贖罪，戶部議定例死罪納銀三十六兩……九年十二月定納「草」贖罪例，死罪納草一千八百束……」

由此可見丘氏所說『眞犯死罪者不得贖』的話是去事實太遠而人民在法律上眞實的平等也不是在私有財產制度未廢除以前所能實現。

(註一)參看大學衍義補卷之一百七愼刑憲議當原之辟第一頁所引。
(註二)前書第二頁。
(註三)無刑錄卷十二議辟，譯註本第一八四頁所引。
(註四)前書第二四七、八兩頁所引。
(註五)章氏叢書文錄。
(註六)無刑錄卷十二第二七六、七兩頁所引。
(註七)前書第二八九頁所引。
(註八)元文類卷四十二。
(註九)無刑錄卷十二，譯註本第二九三頁所引。

（註一〇）前書第二九七、八兩頁所引。

（註一一）前書第二〇八、九兩頁所引。

（註一二）大學衍義補卷之一百十三愼刑憲戒濫縱之失第二十、二十一兩頁所引。

（註一三）和叔文集卷十。

（註一四）民言三十篇刑禁篇。

（註一五）無刑錄卷十二第二八四、五兩頁所引。

（註一六）和叔文集卷十。

（註一七）大學衍義補卷之一百五明流贖之意第十一頁。

（註一八）前書第十二頁。

（註一九）前書第十三頁。

（註二〇）前書第十四、五兩頁。

（註二一）前書第十七頁。

（丑）法律公布問題

法律應該公布還是不應該公布的問題在中國早已發生於春秋時代，那時已由周代的習慣法時期進而爲成文法時期，據英人梅因（Henry Sumner Maine）所著古代法律（Ancient

Law）說一切國家在未有法典以前，大都經過了一個祕密法時期，換句話說，法律僅爲極少數人所掌握，絕不令一般人民識其內容；羅馬及其他民族在未有法典以前，便皆如此。中國到春秋時，鄭、宋、晉諸國纔有公布法典的舉動（註一）但守舊的人卻很反對，左傳一書記載此種事實有以下的兩件：

「昭公六年鄭人鑄刑書，叔向使詒子產書曰：「昔先王議事以制，不爲刑辟，懼民之有爭心也。民知有辟，則不忌於上，並有爭心，以徵於書，而徼幸以成之，弗可爲矣。夏有亂政而作禹刑，商有亂政而作湯刑，周有亂政而作九刑；三辟之興，皆叔世也。今吾子相鄭國，制參辟，鑄刑書，將以靖民，不亦難乎？民知爭端矣，將棄禮而徵於書，錐刀之末將盡爭之，亂獄滋豐，賄賂並行，終子之世，鄭其敗乎？肸聞之國將亡，必多制，其此之謂乎？」」

漢代以後，註釋左傳，——或可說贊同此說的如：——

杜預說：「權移於法，故民不畏上，因危文以生爭，緣徼幸以成其巧僞」。

孔穎達說：「刑不可知，威不可測，則民畏上也。今制法以定之，勒鼎以示之，民知在上者不敢越

法以罪己，又不能曲法以施恩，則權柄移於法矣。且法之設文有限，民之犯罪無窮，自然有危疑之理，以生其與上爭罪之心，緣徼幸以成其巧僞，將有實罪而獲免者也。夏、商之末，至有以私亂公，以貨枉法，其事不可復治，乃遠取創業聖王當時所斷之獄，因其故事，制爲定法；至周之衰，亦爲刑書，謂之九刑。三辟謂禹刑、湯刑、九刑也；辟，罪也，三者皆叔世所爲，不起於始盛之世，爲其文是制參辟勒於鼎，是鑄刑書也，子產亦采取上世之法斷獄善者制爲法也，今鑄鼎示民，民知爭罪之本在於刑書，將棄禮而取徵驗於書，則雖刀錐微細之事，亦將盡爭辨以求徼幸，如此則紛亂之獄訟愈益豐盛，或以賄賂文致人罪，或以賄賂幸脫刑辟，鄭國必有禍敗也」。

這是第一件，還有——

「昭公二十九年，晉鑄刑鼎，著范宣子所爲刑書焉，仲尼曰：「晉其仁乎？失其度矣！夫晉國將守唐叔之所受法度，以經緯其民，卿大夫以序守之，民是以能尊其貴，貴是以能守其業，貴賤不愆，所謂度也，今棄是度也，而爲刑鼎，民在鼎矣」」。

孔穎達說：「范宣子制作刑書，施於晉國，自使朝廷承用，未嘗宣示下民，今荀寅謂宣子之書可為國法，故鑄鼎而銘之，以示百姓，猶如鄭鑄刑鼎，仲尼譏之，其意與叔向譏子產同。

又說：「子產鑄刑書而叔向責之，趙鞅鑄刑鼎而仲尼譏之，如此則刑之輕重不可使民知也。而李悝作法，蕭何造律，頒於天下，懸示兆民，秦、漢以來莫之能革，不可一日無也，蓋古者分地建國，作邑命家，諸侯則奕世相承，大夫亦子孫不絕，皆知國為吾土，衆實我民，自有愛吝之心，不生殘賊之意，故得設法以待刑，臨事而議罪，不須預以告民，故仲尼、叔向所以譏其鑄刑書也」。

但孔氏也不是絕對反對法律的公布，所以又說：

「秦、漢以來，天下為一，長吏以時遷代，其民非復己有，懦弱則為殿負，強猛則為稱職，且疆域闊遠，戶口滋多，大郡境餘千里，上縣數以萬計，豪橫者陵蹈邦邑，桀健者雄張閭里，酷吏專任刑誅，或乃肆情好殺，違衆用己，至有積骸滿穽，流血丹野，若復信其殺伐，任其縱舍，必將喜怒變常，愛憎改度，不得不作法以齊之，宣衆以令之，所犯當條，則斷之以律；疑不能決，則讞之」

府故得萬民以察，天下以治；聖人制法，非不善也，古不可施於今。今人所作，非能聖也，足以周於用，所謂觀民設教，遭時制宜，謂此道也」。（註二）

按春秋時代鄭、晉公布法典的事業並不因叔向的反對，孔子的譏評而即取消，秦、漢而後，如晉代君臣那樣熱心傳布法律的知識尤爲以前各時代所未有；晉書刑法志記載泰始三年法典編纂成功的時節——

「武帝（司馬炎）親自臨講，使裴楷執讀」。

又說：

「是時侍中盧珽，中書侍郎張華又表抄新律諸死罪條目，懸之停傳，以示兆庶，有詔從之」。

這樣就把晉律傳播得如風行草偃了。後代如明朝的太祖據明史刑法志說也是說：——

「每御西樓召諸臣賜坐，從容講論律意」。

又說：

「（洪武六年）詔刑部尚書劉惟謙詳定大明律，每奏一篇，命揭兩廡，親加裁酌。……

三十年作大明律誥成，御午門諭羣臣曰：「朕倣古爲治，明禮以導民，定律以繩頑，刊著爲令，行之既久，犯者猶衆，故作大誥以示民，使知趨吉避凶之道……」

明代既勵行法律公布主義，所以學者的主張也就不外於是；如丘濬大學衍義補就有說：

「按鄭、晉鑄刑書蓋以其前世所用以斷獄者之法，比而鑄於器，以示民於久遠也。考周官「司寇建三典，正月之吉縣於象魏使萬民觀之，挾旬而斂」，夫國之常刑，而又歲歲布之于邦國都鄙，何哉？刑雖有常，亦當量時而爲之輕重，然恐民之不知其所以然也，故既布其制；又縣其象，所以曉天下之人使其知朝廷原情以定罪；因事以制刑；其故如是也；皆知所畏避而不敢犯焉非謂刑之輕重不可使人知也。先儒謂詳左氏所載夫子之說第令守晉國舊法，以爲范宣子所爲非善耳，非謂聖王制法不可使人知也……」（註三）

又說：

「……蓋先王之法若江河；然貴乎易避而難犯；苟匿其制；晦其言；愚民不知而陷入焉；又從而刑之則是罔民也象法示民所以啓其心志竦其觀視；使知刑之慘毒；法之謹嚴；有所避而

不至於誤入有所懲，而不至於故犯」又引「小司寇之職……令羣士乃宣布于四方，……」所以通於天下之衆，則是先王之制刑定罪，惟恐愚民不知而誤入之，爲之宣布者如此。後世律令藏於官；及民有犯者；然後檢之以定其罪；而民罹於刑辟；不知其所以致罪之由者多矣。此古之刑所以難犯；而後世之刑所以易犯者歟？」又引「「布憲掌憲邦之刑禁，正月之吉，執旌節以宣布于四方；而憲邦之刑禁，以詰四方；邦國及其都鄙達于三海。……」蓋邦之刑禁正月既布於象魏，縣於門閭都鄙邦國，然恐其奉行之者不能謹，或有廢格而懈弛者，於是設布憲之官，每歲自正月始，徧行天下，自內而至於外，由近而至於遠，內而方國，外而海隅，無不至焉。既布之以書；復表之以人；所以諄諄於國家之刑禁，朝廷之號令，使民知所遵守，而不至有所違犯焉。孔子曰：「不教而殺謂之虐」，成周盛時所以先事防民者，其嚴且密如此，上無不教之殺，下無誤犯之罪，此所以刑措不用也歟？」（註四）

清代孫頤臣也極非難法律的祕密主義，他的頒示刑律說一文說：

「孔子曰：「民可使由之，不可使知之」，非不欲民知也，道之精者，民不易知，亦不必知，故不

期其知也。若夫著爲條教號令者；則惟恐其不知；於是月吉讀法；遒人徇路；設官備而立法周；凡以懼乎不教而殺也。今天下獄滋繁矣，爲民上者以爲彼自戾於法，我乃得以法死之，彼之死死於法，非死於執法之我也。嗟乎！彼誠戾於法矣，使彼固知法之當死，特戾於法，吾因而死之，是誠死於法也；今彼未知法之當死；適戾於法；吾從而死之；彼雖死於法；能甘心於執法之人耶？死者不甘執法之人；執法者可愧矣……使知法之必死；未有不覩法如鴆與刃者也；然而民未由知；必上之人使之知而後能知也。古者詩書之澤，及於婦孺，絃誦之聲徧於閭里，上又以時警惕而告誡之，故桀驁之氣化而爭競之風息；即今世之犯法者，城市嘗少而鄉曲嘗多者(？)良以城市之民猶習於法度，而與聞乎吏事，鄉民或終身不識之；無不見官長；沿鄙陋之俗；率獷悍之性；意之所起；毅然行之；不復有所顧忌。昔嘗聞之，有兄弟共妻者；有弟偶寡嫂者；有執賊而淫刑斃之者；親戚慶之；里黨譴之；無一人知所爲之干法而足以致死者；迨犯而始知；之未有不歎息痛恨於前此之不知者；然而無及矣。爲士師者明知其陷於不知，而不得以不知爲之解，是可哀矣。……誠令牧民者實力舉行，更節刑律中民所易犯者裒爲一編；

著其綱而約其目，語務賅簡，一覽可知；量地之廣狹，頒册之多寡，令鄉約熟誦，隨時與講，人講解……生其戒懼之心，示以避趨之路；使惕於王章之不可倖逃，法紀之不可或越；雖頑梗不化，未必無人，而稍有人心者，未有不惜其身命而慄慄者也。是雖未能以德化民，期於恥格，而以之行於末世，冥冥中所保全者多矣；不猶愈於不教而殺之為民上者乎」？（註五）

孫氏深悉民間情形，所以說來纔能這樣明切周至；但清代的律例比附，向來都是一讓刑名惡幕主持；學者文人又極端輕視刑幕的爲人；所以法律公布的開始，已在滿清快亡的時候了。

（註一）參看拙作中國法律發達史上册第四章第五十頁。

（註二）參看大學衍義補卷之一百二愼刑憲定律令之制上第九至第十二頁。

（註三）前書第十二頁。

（註四）前書卷之一百七順天時之令第十二至第十五頁。

（註五）國朝文匯丙集卷二十四。

（寅）親屬相容隱問題

親屬在犯罪時應當互相爲容隱，不得告發。本是春秋、戰國以來儒家的一種理想，如論語子路

章有說：

「葉公語孔子曰：「吾黨有直躬者，其父攘羊而子證之」。

「孔子曰：「吾黨之直者異於是，父爲子隱；子爲父隱；直在其中矣」」。

孟子盡心章說：

「桃應問曰：「舜爲天子，皋陶爲士，瞽瞍殺人，則如之何」？

「孟子曰：「執之而已矣」。

「然則舜不禁與？

「曰：「夫舜惡得而禁之？夫有所受之也」。

「然則舜如之何」？

「曰：「舜視棄天下，猶棄敝屣也，竊負而逃，遵海濱而處，終身訢（同欣）然，樂而忘天下」」。

荀子宥坐篇說：

「孔子爲魯司寇，有父子訟者，孔子拘之，三月不別，其父請止，孔子舍之。季孫聞之，不悅曰：

「是老也欺予，語予曰爲國家必以孝，今殺一人以戮不孝，又舍之」。冉子以告，不教其民而聽其獄，殺不辜也；三軍大敗，不可斬也；獄犴不治，不可刑也，罪不在民故也」。

這些儒家傳統的說法到了漢代居然成爲國家的律文，所以公羊傳的何休注就曾引過漢律的一條說：

「親親得相首匿」。

前漢書宣帝本紀又錄——

「地節四年詔曰：「父子之親，夫婦之道，天性也。雖有禍亂，猶蒙死而存之，誠愛結於心，仁厚之至也。自今子首匿父母（師古注說：「凡首匿者，言爲謀首而藏匿罪人」）。妻匿夫，孫匿大父母，皆勿坐。其父母匿子，夫匿婦，大父母匿孫，罪殊死，皆上請，廷尉以聞」。

丘濬大學衍義補有說：

「按律文親屬得相爲容隱始此，然宣帝詔所匿者止許父子、夫婦、祖孫，而於兄弟及從子之於世父季父闕焉，必若今律文凡有親屬除謀反大逆外，雖奴婢雇工人爲家長，亦在勿論之

限深得先王以刑弼教之意」。（註一）

此外發揮「親屬相容隱」的理論的根據，還有——

班固白虎通說：「兄弟相爲隱，與父子同義；朋友相爲隱者，人本接朋結友，爲欲立身揚名也，朋友之道四焉：通財不在其中，近則正之，遠則稱之，樂則思之，患則死之」。

衞展晉書刑法志記載他的話說：「相隱之道離，則君臣之義廢；君臣之義廢，則犯上之姦著矣」。

蔡廓宋書本傳說他建議「鞫獄不宜令子孫下辭，明言父祖之罪，虧教傷情，莫此爲大！自今家人與囚相見，無乞鞫之訴，使民以明伏罪，不須責家人下辭」。

到了唐代，法條便有很詳明的規定，如唐律名例律——

「諸同居若大功以上親及外祖父母外孫，若孫之婦，夫之兄弟，及兄弟妻有罪相爲隱；部曲奴婢爲主隱，皆勿論；卽漏露其事及擿語消息，亦不坐；其小功以下相隱，減凡人三等；若犯謀逆以上者不用此律」。（註二）

宋刑統名例律與此完全相同，(註三)大元通制訴訟另有規定——

「諸子證其父，奴訐其主，及其妻妾弟姪不相容隱，凡干名犯義爲風化之玷者，並禁止之」。

元典章並錄大德十年刑部、禮部的協議如下：

「人倫之大，莫大於君臣、父子、夫婦、兄弟之敍，至如刑法之設，正爲裨補教化，當以人倫爲本。近年有罪者，子證其父，弟證其兄，婦證其夫，奴證其主，……其弊至於使人不復知有綱常之理」。(註四)

大明律名例律又復唐律之舊，且在刑律訴訟「干名犯義」條規定：

「凡子孫告祖父母父母，妻妾告夫及夫之祖父母者，杖一百，徒三年。……

「若告期親尊長外祖父母雖得實，杖一百；大功，杖九十；小功，杖八十；緦麻，杖七十。……

「若告卑幼得實，期親大功及女壻亦同自首免罪，小功緦麻亦得減本罪三等。……

「若奴婢告家長及家長緦麻以上親者，與子孫卑幼罪；若雇工人告家長及家長之親者，各減奴婢罪一等。……」

這雖也沿自唐律鬥訟律，但處分較爲減輕；大清律名例律並同大明律，惟另有條例一則說：

「一、父爲母所殺，其子隱忍於破案後始行供明者，照不應重律，杖八十；如經官審訊猶復隱忍不言者，照違制律，杖一百。若母爲父所殺，其子仍聽依律容隱免科」。(註五)

由此可見「親屬相容隱」由儒家學說成爲法律實有兩千餘年的歷史；祇有袁枚的讀孟子一文纔敢開始懷疑其說，如云：

「柴守禮殺人，世宗知而不問，歐公以爲孝，袁子曰：「世宗何孝之有？此孟子誤之也。孟子之答桃應曰「瞽瞍殺人，皋陶執之舜負而逃」，此非至當之言也；好辯之過也。

「荊昭王之時，石渚爲政，廷有殺人者，追之，則其父也；還伏斧鑕，死於王庭。渚尙知廢法不可；而舜乃逃而欣然，是不如渚也。

「三代而後，皋陶少矣，凡縱其父以殺人者皆孝子耶？彼被殺者獨無子耶？世宗不宜以「不問」二字博孝名而輕民命也」。(註六)

這話很爲有理；儒家過重家族「親親」主義，不顧整個社會的福利，確是一大缺憾。

(註一)大學衍義補卷之一百七議當原之辟第八頁。
(註二)唐律卷第六名例「同居相為隱」條。
(註三)宋刑統卷第六名例律「有罪相容隱」條。
(註四)元典章卷五十三。
(註五)大清律卷五名例律下「親屬相為容隱」條。
(註六)參看拙作大思想家袁枚評傳第七章第二六一、二兩頁。

（卯）訊刑存廢問題

最近百餘年來世界文明國家訊問刑事被告人不惟不得毆打拷責，就是司法官用了恐嚇的手段和詐言也要受懲戒處分，但在以前則各國都有許多很野蠻的「訊刑」，中國的「訊刑」起源何時？按史記李斯傳說他被「搒掠千餘」，夏侯嬰傳說他犯傷人罪被笞掠數百，張耳傳說：「貫高被治，搒笞數千，刺剟身無可擊」，前引漢書路溫舒傳記載他在漢宣帝卽位時上疏曾有說：

「……夫人情安則樂生，病則思死；捶楚之下，何求而不得？……」

後漢書章帝紀又有說：

「元和元年詔曰「律云掠者唯得笞榜立」。(蒼頡篇注說:「掠,問也」。廣雅說:「榜,擊也,音彭」。說文「笞,擊也」「立」謂立而考訊之」)。又令丙箠長短有數,自往者大獄以來,掠考多酷,鉆鑽之屬,慘苦無極。念其痛毒,怵然動心!書云「鞭作官刑」,豈云若此……」?

蘆野德林無刑錄有說:

「後世訊囚用笞杖,蓋從漢律也。王者繼天子物,爲民父母,導之以德禮,治之以政刑,小大之獄,必察以情,哀矜而勿喜,務於三訊五聽;不以掠笞定辭也;而況於鉆鑽之屬乎?若夫罪跡顯白,衆證有驗,猶不首實者,則不得已而用訊杖,猶之可也。假如以事涉疑似而加榜掠,竟是無可問之罪;則將何以謝其人哉?後世鞫囚者,纔有疑辭,輒拷掠之,加以非法,其人不勝其慘而乃自以爲能爲之君者,亦無復憫恤之心,又不知爲其禁也,不及章帝遠矣,惡在其爲民父母也……」(註一)

由前引諸文看來,中國的訊刑早已流行於秦漢;到了南北朝,據隋書刑法志說梁朝——

「凡繫獄者不卽笞款,應加測罰,不得以人士爲隔;若人士犯罰違扞不款,宜測罰者,先參議

牒，啓然後科行，斷食三日，聽家人進粥二升。女及老小一百五十刻，乃與粥，滿千刻而止」。

又據南史何遠傳說：

「當時士大夫坐法皆不受測，遠度己無罪，就測三七日不款，猶以私藏禁仗除名」。

這種苛酷的「測罰」在梁亡陳興的時際就引起當日法家改革的動機，遂有一場大舌戰。據陳書沈洙傳說：

「梁代舊律，測囚之法，日一上，起自晡鼓，盡於二更，及比部郎范泉刪定律令，以舊法測立時久，非人所堪；分其刻數，日再上，廷尉以爲新制過輕，請集八座丞郎並祭酒孔奐行事沈洙五舍人會尚書省詳議，時高宗錄尚書，集衆議之。

「都官尚書周弘正曰：「未知獄所測人有幾人款？幾人不款？須前責取人名及數並其罪目，然後更集得」。

「廷尉監沈仲由列稱別制已後，有壽羽兒一人坐殺壽慧，劉磊渴等八人坐偷馬仗家口渡北，依法測之，限訖不款。劉道朔坐犯七改偸，依法測立，首尾二日而款；陳法滿坐被使封藏阿

法受錢，未及上而款」。

弘正議曰：「凡小大之獄，必應以情，正言依準，五聽驗其虛實；豈可全恣考掠，以判刑罪？且測人時節，本非古制，近代已來，方有此法；起自晡鼓，迄於二更；豈是常人所能堪忍？所以重械之下，危墮之上，無人不服，誣枉者多。朝晚二時同等刻數，進退而求，於事爲衷。若謂小促前期，致實罪不伏；如復時節延長，則無愆（僭）妄款。且人之所堪，既有彊弱，人之立意，固亦多途，至於貫高榜笞刺爇，身無完膚，戴就熏針並極，困篤不移，豈關時刻長短，掠測優劣？夫「與殺不辜，寧失不經」；「罪疑惟輕，功疑惟重」，斯則古之聖王垂此明法。愚謂依范泉著制，於事爲允。」

「舍人盛權議曰：「比部范泉新制，尚書周弘正明議咸允，虞書惟輕之旨，殷頌敷正之言，竊尋廷尉監沈仲由等列新制以後凡有獄十一人，其所測者十人，款者唯一。愚謂染罪之囚，獄官宜明加辯析，窮考事理，若罪有可疑，自宜啓審分判，幸無濫測；若罪有實驗，乃可啓審測立；此則枉直有分，刑宥斯立。范泉今牒述漢律云：「死罪及除名罪證明白，考掠已至，而抵隱不

服者處當列上」。杜預注云：「處當證驗明白之狀，列其抵隙之意」。竊尋舊制深峻，百中不款者一；新制寬優，十中不款者九。參會兩文，寬猛實異，處當列上，未見釐革。愚謂宜付典法，更詳處當列上之文」。

「洙議曰：「夜中測立，緩急易欺，兼用晝漏，於事為允。但漏刻賒促，今古不同。漢書律曆、何承天、祖沖之、暅之父子漏經並自關鼓至下鼓，自晡鼓至關鼓，皆十三刻，冬夏四時不異。若其日有長短，分在中時前後。今用梁末改漏，下鼓之後，分其短長，夏至之日各十七刻，冬至之日各十二刻。伏承命旨，刻同勒令，檢一日之刻乃同，而四時之用不等。廷尉今牒以時刻短促，致罪人不款，愚意願去夜測之昧，從晝漏之明，斟酌今古之間，參會二漏之義，捨秋冬之少刻，從夏日之長晷，不問寒暑，並依今之夏至，朝夕上測，各十七刻，比之古漏，則上多昔四刻；即用今漏，則冬至多五刻，雖冬至之時數刻侵夜，正是少日，於事非疑，庶罪人不以漏短而為捍，獄囚無以在夜而致誣，求之鄙意，竊謂允合」。

「衆議以為宜依范泉前制……」。

按諸人所說，周弘正的言論最爲鞭辟入裏；在前漢路溫舒反對「訊刑」之後，要算他是出來繼接幾百年的絕響；而沈洙應用天文學抽象的原理來解決很具體的法律問題，尤別開生面。唐時法律有很大的改革，但「訊刑」仍不能廢除，試看唐六典說：

「凡察獄之官先備五聽（一曰辭聽，二曰色聽，三曰氣聽，四曰耳聽，五曰目聽）。又稽諸證信，有可徵焉，而不首實者，然後拷掠，二十日一訊之……」。（註二）

唐律也規定——

「諸應訊囚者必先以情審察辭理，反覆參驗；猶未能決，事須訊問者立案同判，然後拷訊，違者杖六十」。（註三）

宋太宗時幾廢「訊刑」，如文獻通考刑考所說：

「太平興國六年詔：自今繫囚如證左明白而捍拒不伏合訊掠者，集官屬同訊問之，勿令胥吏拷決」。

這樣不僅停止刑訊；且進一步很重視證據，用以代替口供；但到了南宋，「訊刑」不惟廢掉不了，且

變本加厲，宋史刑法志說：

「理宗時監司郡守擅作威福；……非法殘民……」。

所以那時胡大初所著晝錦緒論就有說：

「……在法鞠勘，必長官親臨，今也令多憚煩，率令獄吏自行審問，但視成款僉著，便為一定，甚至有獄囚不得一見知縣之面者；不知吏逼求賄賂；視多寡為曲直；非法拷打；何罪不招？令合戒約推款，不得自行訊鞫，公事無小大，必令躬自喚上，詰問再三，頑狡不伏，盡情然後量施笞榜，周官有五聽之法；亦以獄情難測；不可專事箠楚也……」（註四）

金史刑志也記載金世宗的話說：

「箠楚之下；何求不得；奈何鞫獄者不以情求之乎？」

但歷元、明至清，「訊刑」猶為「中國法系」的痼疾。延到光緒二十七年六月兩江總督劉坤一，兩湖總督張之洞第二次會奏變法事宜疏還在說：——

「……敲扑呼號，血肉橫飛，最為傷和害理，有悖民牧之義！地方官相沿已久，漠不動心！擬請。

以後除盜案命案證據已確而不肯供認者；准其刑嚇外；凡初次訊供時及牽連人證；斷不准輕加刑責……」。

據江庸氏五十年來中國之法制一文說：

「……停止刑訊，此議發之兩江總督劉坤一，湖廣總督張之洞，奉旨交法律館核辦，經館議定辦法；停止刑訊……除死罪取具輸服供詞外；流徒以下擬證定讞，館議在今日視之，殊未能令人滿意；蓋刑訊之必要在乎取供；逼供尤以重罪爲較多；較酷；死罪仍須取具供詞；則刑訊之弊亦卒不能免；而御史劉彭言則力言停止刑訊之非；謂必致積壓拖累；經館反覆陳明，以爲不必過慮，乃未中梗，當時改革之困難；亦足見一斑矣」。

老實說來，就在民國成立之後；「訊刑」也並未完全消滅；所謂「事實最雄辯」，試看王建中所著洪憲慘史諸書便可明白了。

(註一)無刑錄卷七刑具譯註本第二七八、九兩頁。

(註二)唐六典卷六註。

（註三）唐律卷第二十九斷獄律「訊囚察辭理」條。

（註四）無刑錄卷七釋註本第二九八、九兩頁。

（辰）族誅連坐問題

「族誅連坐」乃野蠻風俗的遺物；在春秋戰國時代猶爲盛行；孫星衍周書罪不相及論有說：

「考族誅連坐之法起於秦文武公」。（註一）

按史記秦本紀說：

「文公……二十年，法初有三族之罪。（集解張晏說：「父母，兄弟，妻子也」。如淳說：「父族，母族，妻族也」）」。

是「誅三族」起源於秦文公，此外如左傳所記昭公二十年楚殺伍奢及其子與親戚莊公二十五年晉士蔿使羣公子盡殺游氏的族人，……可見「族誅」在各國都已有之；不過在任法尚刑的秦國特別變本加厲的施行起來；至於「族誅連坐」理論上的根據要到前漢桓寬鹽鐵論裏纔闡發得明白；如周秦篇記「御史」的話說：

「春秋罪人無名號，謂之云盜，所以賤刑人而絕之人倫也。故君不臣，士不友，於閭巷無所容，故民始犯之，命不軌之民，犯公法以相寵，舉棄其親。不能伏節死理，遁逃相連，自陷於罪，其被刑戮，不亦宜乎？一室之中，父兄之際，若身體相屬，一節動而知於心。

這是家族關係密切的理由；還有「族誅連坐」足以實現恐嚇主義的理由；如說：

「夫負千鈞之重，以登無極之高，垂峻崖之峭谷，下臨不測之淵，雖有慶忌之健，賁育之勇，莫不震慴悚慄者，知墜則身首肝腦塗山石也；故未嘗灼而不敢握火者，見其有灼也，未嘗傷而不敢握刃者，見其有傷也；彼以知為非罪之必加，而戮及父兄，必懼而為善，故立法制辟，若臨百仞之壑，握火蹈刃，則民畏忌而無敢犯禁矣。慈母有敗子，小不忍也；嚴家無悍虜，篤責急也；今不立嚴家之所以制下，而修慈母之所以敗子，則惑矣」。

這兩項理由似是而實非！前書記「文學」駁「御史」的話即有說：

「春秋曰『子有罪，執其父；臣有罪，執其君，聽失之大者也』。今以子誅父，以弟誅兄，親戚小坐，什伍相連，若引根本之及華葉，傷小指之累四體也。如此，則以有罪誅及無罪，無罪者寡矣：

……自首匿相坐之法立，骨肉之恩廢，而刑罪多聞，父母之於子，雖有罪猶匿之，豈不欲服罪爾，子爲父隱，父爲子隱，未聞父子之相坐也；聞兄弟緩追以免賊，未聞兄弟之相坐也；聞惡惡止其人，疾始而誅首惡，未聞什伍之相坐」。

丘濬大學衍義補有段話說的尤極沈痛：——

「古者五刑極於大辟，死一身之外無餘刑也；至秦人始有三族之法，罪及於妻子同產，夫以一人之有罪，而其妻子固無罪也；況一族乎？父之族同一氣脈之相傳，且猶不可，又況於母族妻族乎？是人家以一女子適人之故，而累及其一家一族，無辜而至於絕宗殞祀；若推其類而至於義之盡，則生女可以不舉矣，使家家皆懲之而不舉，則人類不幾於絕乎……」？（註二）

漢代一切設施都和秦代相反，所以漢高祖革命時的標語卽有「除秦苛法」一條，漢惠帝已打算廢除「三族罪」了，但議未決而崩！據漢書刑法志說：

「當三族者皆先黥劓，斬左右趾，笞殺之，梟其首，菹其骨肉於市；其誹謗詈詛者，又先斷舌，故謂之具五刑。彭越韓信之屬皆受此誅。至高后元年乃除三族罪，其後新垣平爲逆，復行三族

之誅」。

這樣因爲鞏固皇室，就捨不得不用慘絕人寰的三族刑；文帝元年雖曾下過詔說：

「法者，治之正，所以禁暴而衛善人也。今犯法者已論，而使無罪之父母妻子同產坐之，及爲收孥，朕甚弗取。其議除收孥諸相坐律令」。

丘濬說：「虞廷罰不及嗣，周室罪人不孥，秦法一人有罪，並坐其室家，仁暴之心既殊，國祚所以有長短之異也。文帝即位之初，即除去秦人之苛刑，漢祚之延，幾於三代，未必不基於斯」。

盧野德林說：「罪不相及，惡止其身，此先哲之弘謀，百王之達制也。是故鯀既殛死，禹乃嗣興；二叔誅放，而邢、衛無責，況可以子誅父，以弟誅兄哉？古人譬之引根本之及華葉，傷小指之累四體也。噫！自收司連坐之法立，骨肉之恩廢，而百姓不親，獄訟繁而刑罰濫。漢文悉除是法，所以能幾致刑措之美也。元魏有一人逋亡，合門充役制，光州刺史博陵崔挺諫曰：「天下善人少，惡人多；若一人有罪，延及闔門，則司馬牛受桓魋之罰，柳下惠嬰盜跖之誅，不亦

哀哉？」孝文善之，遂除其制。孝文在位二十九年，治行之美，可比漢文矣。丘氏乃深嘉崔挺言，以爲仁人之言，且曰博陵之崔，世爲北朝大族，至于唐猶盛，不可謂天無意也」。（註三）

事實上自文帝下詔族誅連坐並不曾歸於消滅，就在武帝獨尊儒家之後，奉行儒家思想的人，最善的努力也只能在君主淫威之下，或身爲帝王自動使族誅連坐的範圍縮小；如前漢成帝時淳于長坐大逆誅，小妻乃始等六人皆以事未發覺時棄去或更嫁，及長事發，丞相翟方進等議欲坐之，廷尉孔光駁議：

「大逆無道，父母妻子同產無少長皆棄市，欲懲後犯法者也。夫婦之道，有義則合，無義則離；長未自知當坐大逆之法，而棄去乃始等，或更嫁，義已絕，而欲以爲長妻論殺之，名不正，不當坐」。有詔光議是。

丘濬大學衍義補說：「婦人，從夫者也。在室之女當從父母，已醮之婦則當從夫家，況夫婢妾之屬，事未發前已離主家，豈有從坐之理哉？孔光之議誠是也」。（註四）

又如通鑑綱目記述「魏夷毌丘儉族，儉孫女適劉氏，當死，以孕繫廷尉，司隸主簿程咸議曰：

「女適人者則成他家之母殺之不足懲亂源而傷孝子之恩且男不遇罪於他族而女獨嬰戮於二門非所以哀矜女弱均法制也臣以為在室之女可從父母之刑旣醮之婦則從夫家之戮」朝廷從之著於律令」。

南朝梁武帝篤信佛法，慈悲為懷，頗有意廢除株連之法；據梁書武帝紀說：

「十一年春正月壬辰詔曰：「夫刑法悼耄，罪不收孥，禮著明文，史彰前事，蓋所以申其哀矜，故罰有弗及。近代相因，厥網彌峻，髫年華髮，同坐入愆；雖懲惡勸善，宜窮其制，而老幼流離，良亦可愍；自今逋謫之家及罪應質作，若年有老小，可停將送」」。

北朝魏書高祖紀也有記載——

「延興四年六月詔曰：「……下民兇戾，不顧親戚，一人為惡，殃及合門；朕為民父母，深所愍悼，自今以後非謀反大逆干紀外奔，罪止其身而已」」。

從秦、漢以來族誅連坐多用之於謀反大逆——直到滿清猶然；但東漢時犯「妖言」或「貪贓」的罪也連累到子孫；如章帝元和元年詔說：

『書云「父不慈，子不祗；兄不友，弟不恭，不相及也。往者妖言大獄，所及廣遠，一人犯罪，禁至三屬，莫得垂纓仕宦王朝，如有賢才，而沒齒無用，朕甚憐之，非所謂與之更始也。諸以前妖惡禁錮者，一皆蠲除之，以明棄咎之路……」』。

丘濬大學衍義補有說：

『所謂妖言之令，尤爲無可憑據，言出於人之口，而入於人之耳，甚無形迹也；徒以一人之言，而坐其一人之罪，且不可，況其家族乎？有國者恐其搖民惑衆，或致姦宄之生，禍亂之作，必明立禁條，須必見於手書，著於簡牘，成夫文理，質證對驗，明白無疑，然後坐之，不然且將有如賈生之論秦者矣。生之言曰：「忠諫者謂之誹謗，深計者謂之妖言，非徒不能禁亂，且因以生亂而至於亡矣。」漢承秦後，而一切禁之，其享國至四百年，宜哉』！（註五）

後漢書劉愷傳說：

『安帝初，清河相叔孫光坐臧抵罪，遂增錮二世，釁及其子。是時居延都尉范邠復犯臧罪，詔下三公廷尉議，司徒楊震司空陳褒廷尉張皓議依光比，太尉劉愷獨以爲春秋之義，善善及

子孫；惡惡止其身；所以進人於善也。尚書曰：「上刑挾輕，下刑挾重，如令使臧吏禁錮子孫，以輕從重，懼及善人，非先王詳刑之義也」。有詔太尉議是」。

按儒家「仁民愛物」的思想在兩千多年以來本已成為社會上絕大的勢力；「族誅連坐」乃和法家最有深厚的淵源；儒家也竟能聽其存在，這不能不說是君主專制發達到高度的必然需要；帝王既能利用儒家學說以神聖自己，又何嘗不能利用「族誅連坐」以保護自己？這所以「族誅連坐」的消滅要在立憲政治成立之後；便可以瞭然「君權」「民權」的消長與法律思想也是息息相關。

（註一）平津館文稿卷上。

（註二）大學衍義補卷之一百十三戒濫縱之失第三、四兩頁。

（註三）無刑錄卷六刑法下，譯註本第一一八至一二〇頁。

（註四）大學衍義補卷之一百八謹祥讞之議第八頁。

（註五）參看前書卷之一百十三「秦文公二十年」條第三頁。

（巳）復讎行為問題

「復讎」是文化不開時人民的自助（Self-help）到了實行國家司法主義的時候，可就成爲「不法行爲」！儒家傳統的思想都助長這種「不法行爲」如禮記檀弓說：

「子夏問於孔子曰：「居父母之仇如之何」？夫子曰：「寢苫枕干不仕，弗與共天下也；遇諸市朝不反兵而鬭」。曰：「請問居昆弟之仇如之何」？曰：「仕弗與共國，銜君命而使雖遇之不鬭」。曰：「請問居從父昆弟之仇如之何」？曰：「不爲魁，主人能則執兵而陪其後」」。

曲禮上又說：

「父之讎弗與共戴天，兄弟之讎不反兵，交遊之讎不同國」。

這是儒家鼓勵復讎的三大原則，再看從漢代以來解釋此三大原則的人的意見如何？

鄭玄說：「父者子之天；殺己之天與共戴天非孝子也；行求殺之乃止；不反兵，恆執殺之備；交遊之讎不吾辟，則殺之；交遊或爲朋友」。

呂大臨說：「殺人者死，古今之達刑也，殺之而義則無罪，故令勿讎，調人之職是也。殺而不義，則殺者當死，宜告于有司殺之，士師之職是也。二者皆無事乎復讎也。然復讎之文雜見於

經傳，考其所以，必其人勢盛；緩則不能執；故遇則殺之；不暇告有司也。父者；子之天；不能復父讎；仰無以視乎皇天矣；報之之意誓不與讎俱生；此所以弗共戴天也」。

馬晞孟說：「先王以恩論情，以情合義，其恩大者其情厚，其義隆，是故父也，兄弟也，交遊也，其爲讎則一，而所以報之者不同：或弗共戴天；將死之；而恥與之俱生也；或不反兵將執殺之而爲之備也；或不同國；將遠之而惡其比也。嗚呼！聖人不能使世之無讎；亦不能使之釋讎而不報；惟稱其情義而已矣；若夫公羊論九世之讎，則失於太過，而所報非所敵矣。漢之時，孝子見讎而不敢復，則失於太嚴，而孝弟之情，無所伸矣」。

游桂說：「聖人之治天下，於暴亂之人以公法治之，苟制之於公法而不足，則由於私義而制之，是以暴亂者無所逃罪，而人安其生。夫所謂讎皆王誅所不及；公法有時而失之者；聖人因禮而爲之法：曰某讎也，是其子與弗共戴天者也；某讎也，是其兄弟所必報，而不反兵者也；某讎也，是其交游之所不同國者也；三讎皆以殺人而言，人之子弟交游皆得報，而殺之：弗共戴天則世之暴者不敢害人之父母矣；不反兵則世之暴者不敢害人之兄弟矣；不同

；國則世之暴者不敢害人之交游矣……」。（註一）

除以上三原則而外，還有一條如公羊傳所說：

「父不受誅，子復讎可也。（何休註說：「不受誅，罪不當誅也」）」。

這樣說來，操生死之權的君主如果冤枉殺了人民的父親人民也可向君主復讎；那麼至尊無上的君主時時刻刻也都有危險；所以丘濬大學衍義補趕快加以說明：——

「按公羊因論伍子胥報讎而言此，蓋謂列國爭殺報復之事，非王法也，人君誅其臣民無報復之理……」。（註二）

假若這復讎的四大原則都見諸實行，那社會的安寧和秩序還堪設想嗎？所以不得不稍加以限制。那部僞作的周官裏地官司徒就規定——

「調人掌司萬民之難而諧和之。凡和難父之讎，辟諸海外；兄弟之讎，辟諸千里之外；從父兄弟之讎，不同國；君之讎眂父；師長之讎眂兄弟；主友之讎眂從父兄弟；弗辟則與之瑞節，而以執之。凡殺人有反殺者，使邦國交讎之；凡殺人而義者，不同國，令勿讎；讎之則死。凡有鬭怒者

成之，不可成者則書之，先動者誅之」。

丘濬大學衍義補說：

「按調人之和難，蓋謂過而殺傷人者也，如律文所謂誤殺戲殺，過失殺之類，以其本無意而殺人，而或致其人於死，事雖可惡而情則可矜；然死者不可復生；孝子弟弟；忠臣義士；其於父兄師主之死；不以其天年；彼雖無故殺之心；而其父兄師主實因之而死；其心有不能忘者；然其人或在十議之辟，及有益於斯世；原其所犯罪不至死；是以先王立調人之官，以和其難；凡過而殺傷人者，以民成之，鄭氏（玄）謂過無本意也。成，平也，以鄉里之民共和之，蓋以謂報讎天下之公義，宥過聖人之微權，若施之以法，則傷孝子之心；姑避之於他；少舒報者之憤；先王治世不專以法，法之中有情；不專以仁，仁之中有義……」。

吳澂另有反對的意見說：

「為親復讐者人之私情；敵囚致刑者，君之公法；使天下無公法則已；如有公法，則私情不可得而行矣；夫司徒掌教，教民以六德之和；又教之以六行之睦；唯欲斯民之和協也；如其不從

；教則不睦之刑；從而加焉；在所不赦也；而其官屬乃掌萬民之難，使之相避，是使天下之人得以肆其私情；而人君之公法；不復可行於世；與大司徒之教相反；如必曰從人之私情，則父之讎不與共戴天；辟諸海外；亦未爲得；盍亦使之弗共戴天而後可也」。又說：「凡殺人有反殺者，使邦國交讎之，凡殺人而義者不同國，勿令讎，讎之則死，果如是，殆將使天下以力相陵；交相屠戮；往來報復；無有已時；聖王令典；決不若此之繆」（註三）

按吳說，極是就歷史事實加以考察；復讎行爲絕不足寬恕。後漢書桓譚傳記載他上疏說：

「今人相殺傷雖已伏法，而私結怨讎，子孫相報；後忿深前；至於滅戶殄業；而俗稱豪健；故雖有怯弱；猶勉而行之；此爲聽人自理；而無復法禁者也；今宜申明舊令，若已伏官誅而私相傷殺者；雖一身逃亡；皆徙家屬於邊；其相傷者加常二等；不得雇山贖罪；如此則仇怨自解；盜賊息矣」。

又如張敏傳說：

「章帝建初中，有人侮辱人父者，而其子殺之，帝貰其死刑而降宥之，自後因以爲比。和帝時，

定其議以爲輕侮法。尚書張敏駁議曰：「夫輕侮之法，先帝一切之恩，不有成科，班之律令也。春秋之義，子不報讎，非子也；而法令不爲之減者，以相殺之路不可開故也；今託義者得減妄殺者有差，使執憲之吏得設巧詐，非所以導在醜不爭之義；又輕侮之比寖以繁滋，至有四五百科，轉相顧望，彌復增甚，難以垂之萬載」。

此外如東漢末季荀悅申鑒有說：

「或問：復讎古義也，曰縱復讎可乎？曰：不可。曰：然則如之何？曰：有縱，有禁，有生，有殺。制之以義，斷之以法，是爲義法並立。曰：何謂也？曰：依古復讎之科，使父讎避諸千里，兄弟之讎避諸異郡五百里，從父從兄弟之讎避諸異縣百里。弗避而報者，無罪；避而報之，殺；犯王禁者，罪也；復讎者，義也；以義報罪以王制，順也；犯制，逆也；以逆順生，殺之；凡以公命行止者，不爲弗避」。(註四)

這是「遊移兩可」的老生長談，殊不足以救時弊而制止混亂，所以後來如魏、晉、南北朝都把「復讎」看做是「不法行爲」，嚴加禁止。如魏志文帝本紀說：

「黃初四年正月詔曰：「喪亂以來，兵革未戢，天下之人互相殘殺，今海內初定，敢有私復讐

者皆族之」」。

按曹丕又有令說：

「喪亂以來，兵革縱橫，天下之人多相殘害者，昔田橫殺酈商之兄，張步害伏湛之子，漢氏二祖下詔使不得相讎。今兵戎始息，宇內初定，民之存者非流亡之孤，則鋒刃之餘，當相親愛養老長幼。自今以後宿有讎怨者皆不得相讎」。

逼眞是三令五申，叮嚀周至了！又晉書譙剛王遜傳也有說：

「……御史中丞車灌奏無忌欲專殺人，付廷尉科罪，成帝詔曰：「自今已往有犯（復讐）必誅，於是聽以贖論」」。

梁書武帝紀亦錄——

「太淸元年八月詔曰：「緣邊初附諸州郡內百姓先有負罪流亡逃叛入北，一皆曠蕩不問往咎，並不得挾以私讐而相報復，若有犯者嚴加裁問」」。

北朝的後魏，據魏書世祖紀說：

「太延元年詔曰：「民相殺害，牧守依法平決，不聽私輒報者誅及宗族鄰伍相助與同罪」。

又周書武帝紀也說：

「保定三年夏四月戊午初禁天下報讎犯者以殺人論」。

到了唐時統一南北法制大備復讎還成爲司法上的問題例如「唐武后時，下邽人徐元慶父爽，爲縣尉趙師韞所殺元慶手殺之，自囚詣官，武后欲赦死，右拾遺陳子昂上疏曰：

「先王立禮以進人，明罰以齊政，枕戈讎敵，人子義也；誅罪禁亂，王政綱也；然無義不可訓人，亂綱不可明法，元慶報父讎，束身歸罪，雖古烈士何以加？然殺人者死，畫一之制也，法不可貳，元慶宜伏辜。傳曰：「父讎不同天」，勸人之教也，教之不苟，元慶宜赦。臣聞刑所以止遏亂也，仁所以利崇德也，今報父之仇，非亂也，行子之道，仁也，仁而無利，與同亂誅，是曰能刑，未可以訓。然則邪由正生，治必亂作，故禮防不勝，先王以制刑也。今義元慶之節，則廢刑也，跡元慶所以能義動天下，以其忘生而及於德也，若釋罪以利其生，是奪其德，虧其義，非所謂殺身成仁，全死忘生之節也，臣謂宜正國之典，寘之以刑，然後旌閭墓可也，請編之令，永爲國典」(註五)

柳宗元很能分辨法律和道德的界限所以很不滿意陳子昂的這種「首鼠兩端」不徹底的辦法；他在駁復讎議一文說：

「……臣聞「禮」之大本以防亂也，若曰無爲賊虐，凡爲子者殺無赦；刑之大本亦以防亂也，若曰無爲賊虐，凡爲理者殺無赦；其本則合，其用則異；旌與誅莫得而並焉。誅其可旌，茲謂濫；黷刑甚矣；旌其可誅，茲謂僭；壞禮甚矣。果以是示於天下，傳於後世，趨義者不知所向，違害者不知所立；不可以爲典。蓋聖人之制，窮理以定賞罰，本情以正襃貶，統於一而已。若元慶之父不陷於公罪，而師韞之誅獨以其私怨，奮其吏氣，虐于無辜，州牧不知罪，刑官不知問，上下蒙冒，籲號不聞，而元慶能以戴天爲大恥，以枕戈爲得禮，處心積慮以衝讐人之胸，介然自克，卽死無憾，是守禮而行義也，執事者宜有慚色，將謝之不暇，而又何誅焉？其或元慶之父不免於罪；師韞之誅不愆於法；是非死於吏也，是死於法也；法其可讐乎？讐天子之法而戕奉法之吏；是悖驁而凌上也，執而誅之，所以正邦典，而又何旌焉？……」（註六）

按柳說最當；此外如「憲宗時富平人梁悅父爲秦果所殺，悅殺仇詣縣請罪，詔曰，「在禮父讐不同

天而法殺人必死，「禮」「法」王教大端也二說異焉下尙書省議：

韓愈曰：『子復父讎，見於春秋禮記，又見周官及諸子史，不可勝數，未有非而罪之者也。最宜詳於律，而律無其條，非闕文也，蓋以爲不許復讎，則傷孝子之心，而乖先王之訓；許復讎，人將倚法專殺，無以禁止其端。夫律雖本於聖人，然執而行之者，有司也；經之所明者，制有司者也。丁寧其義於經，而深沒其文於律者，其意將使法吏一斷於法，而經術之士得引經而議也。周官曰：「凡殺人而義者，令勿讎，讎之則死」，義宜也，明殺人而不得其宜者，子得復讎也。此百姓之相讎者也。公羊傳曰：「父不受誅，子復讎可也」，不受誅者，罪不當誅也；誅者，上施於下之辭，非百姓之相殺者也。又周官曰：「凡報仇讎者，書於士，殺之無罪」，言將復讎，必先言於官，則無罪也。今陛下垂意典章，思立定制，惜有司之守，憐孝子之心，示不自專，訪議羣下，愚以爲復仇之名雖同，而其事各異，或百姓相讎，如周官所稱，可議於今者；或爲官所誅，如公羊所稱，不可行於今者；又周官所稱將復讎，先告於士則無罪者，若孤稚羸弱，抱微志，而伺敵人之便，恐不能自言於官，未可以爲斷於今也。然則殺之與赦，不可一例，宜定其制曰：凡有復父仇者，

事發具其事申尚書省，尚書省集議奏聞，酌其宜而處之，則經律無失其指也」。（註七）

按韓愈所說仍是空洞模棱並非根本解決的辦法。唐代除以上兩大案而外，還有在「玄宗開元二十九年，巂州都督張審素人有告其罪者，詔監察御史楊汪按之；告者復告審素與總管董元禮謀反，元禮以兵圍汪，脇使雪審素罪，既而吏共斬元禮，汪得出，遂當審素實反，斬之，沒其家，時審素子瑝琇俱幼，坐流嶺表，尋逃歸，手殺汪於都城，係表於斧言父冤狀，爲有司所得，中書令張九齡等皆稱其孝烈，宜貸死，裴耀卿、李林甫等陳不可，帝亦謂然，謂九齡曰：「孝子者義不顧死，然殺人而赦之，此塗不可啓也」，乃下勅曰：「國家設法，期於止殺，各伸爲子之志，誰非徇孝之人？展轉相讎，何有限極？咎繇作士，法在必行，曾參殺人亦不可恕，宜付河南府杖殺」，士民皆憐之」。這是趨向「法治」的表現；但仍受非難，如：——

胡寅說「復讐，因人之至情，以立臣子之大義也，讐而不復，則人道滅絕，天理淪亡，故曰父之讐不與共戴天，君之讐視父，張審素未嘗反，爲人妄告，楊汪受命往按，遂以反聞，審素坐斬，此汪之罪也。瑝與琇忿其父之冤，亡命報之，其失在不訟於司寇，其志亦可矜矣。張九齡欲宥之，豈

非爲此乎而婁李降勅之言何其戾哉？設法之意固欲止殺；然子志不伸；豈所以爲教。且曰「曾參殺人，亦不可恕」，是有見於殺人者死，而無見於復讐之義也。楊汪非禮殺張審素，而瑝、琇殺汪，事適均等，但以非司寇而擅殺當之，仍矜其志，則免死而流放之可耳；若直殺之，是楊氏以一人而當張氏三人之命，不亦頗乎」？（註八）

丘濬大學衍義補說：「按復讐之義乃生民秉彝之道，天地自然之理，事雖若變，然變而不失正，斯爲常矣。以五行之理論之，如金生水，金爲火所克，水必報之；水生木，水爲土所克，木必報之；木火土三行皆然；人稟五行以有生，有以生之，必有以報之；人知所生者，必報其所由生，是以相保愛，相護衞，不敢相戕殺，非但畏公法，亦畏私義；非但念天理，亦念人情，此人所以與人相安相忘，而得以遂其有生之樂也。然人世有無窮之變，王法有不到之處，天理有未定之時；或相殺焉，殺之不以其罪，泯之不存其迹，急之不容其緩，是故所殺之人，其父也，其子曰：「父生我者也，而人殺之，是無我也，我何以生爲？必殺之以報我所生」。所殺之人，其兄若弟也，其兄若弟曰：「兄若弟，我同生者也，而人殺之，是蔑我也，必殺之以報我同生；我不報之，人設殺我，

而我兄若弟不爲報，吾謂之何」？所殺之人，其交好遊從也，其交好遊從者曰：「若與我交好游從，彼非不知也，而殺之，是藐我也，必殺之以報我所知；我不報之，人設殺我，而我交好游從不爲報，吾謂之何」？天下之人凡有生者皆相爲死，則彼不逞之徒，不仁之輩，不敢起殺人之念，蓋慮其人之有子若孫，有兄若弟若交好，若游從，將必上告天子，下告方伯，赴愬於有司，聲寃於鼓石也。然而王法雖公，刑官雖明，然無愬告者，則其寃文不能以上達，此聖人制其法於禮，使凡爲人子，爲人兄若弟，有父母兄弟之讐則必赴愬於官；不幸而無子孫兄弟，則其所交遊者，雖非血屬，亦得以爲之伸理焉。苟愬於公而公不爲之報，或其勢遠而力弱，事急而情切，一時不能達諸公，奮其義而報之，則亦公義之所許也。禮所謂不共戴天，不反兵，不同國，蓋謂爲人子，爲人兄若弟，爲人交游，恆各以是存諸心，必報吾父，必報吾兄若弟，必報吾交遊；不然吾不與殺吾父者同戴此天；殺吾兄弟者，吾遇之必不反兵；殺吾交游者，吾與之必不同居此國；甚言必殺之以報所仇，不但已也。解禮者乃專以爲私報所仇，狹矣！禮蓋兼公私言，不能報以公，必報以私，斷斷乎其必然，此先王立禮之義也。

三代之時，皇極建而公道明，非士師無擅殺之吏，非天命無枉死之人，非獨無不報之讐，而亦無讐可報也。然先王以好生爲德，恆恐一人之不得其生，而或有戕其生者，故既本天地相生之理，制刑罰之常以弼教；又因五行相克之理，明報復之義以垂訓，使人人知殺人之親交者必死，殺己之親交者必報，而不敢相戕害以喪其生，相容忍以忘其死，此古昔盛時，所以人無寃聲，天無盭氣而世無禍亂之作也。自秦、漢以來，此義不明，一切以法律持世，惟知上之有法而不知下之有義，所謂復讐之義，世不復講，至於有唐，陳子昂、韓愈、柳宗元始因適有報復父仇者，而各言所見，要之皆是也，而未盡焉。

謹按周官「朝士凡報仇讐者書於士，殺之無罪」，所謂報仇讐者，非謂爲人子若弟者，親手剸刄於所仇之人，凡具其不當死之故與所殺之由達於官者，皆是欲報其仇讐也。既書其情犯而告於官，而其所仇者，或隱蔽，或逋逃，或負固，而報仇之人能肆殺之以報其所親之仇，則無罪焉。蓋人君立法，將以生人，無罪者固不許人之枉殺，有罪者亦不容人之擅殺，所以明天討而安人生也。苟殺人者，人亦殺以報之，曰：「吾報所親交之仇也」，不分其理之可否，事之

故謀互相報復，無有已時，又烏用國法爲哉？孟子曰：「爲士師則可以殺人，明不爲士師則不可以殺人也」。

丘濬這樣對儒家傳統的「復讎」說給與新解釋；又不以陳子昂韓愈柳宗元諸人的提議爲滿足；所以進一步草擬調和經律的條文說：

「朝廷當明爲之法曰：「凡有父兄親屬爲人所殺者；除誤殺戲殺過失殺外；若以故及非理致死者；親屬鄰保卽爲之護持；其子若孫；及凡應報復之人赴官告愬；如無親屬；其鄰里交游皆許之；府縣有礙；赴藩臬，藩臬有礙；赴闕庭；徑赴者不在越訴之限。若官司徇私畏勢；遷延歲月；不拘繫其人而爲之伸理；其報復之人奮氣報殺所仇者；所在卽以上聞；特勅理官鞫審。若其被殺者委有冤狀而所司不拘其人；不具其獄；卽根究經由官司，坐以贓罪除名；而報仇者不與焉；若所司方行拘逮而或有他故以致遷延；卽坐殺者以擅殺有罪者之罪；而不至死焉。若不告官，不出是日而報殺者，官司鞫審，殺當其罪者不坐；若出是日之外，不告官而擅殺者，卽坐其親屬鄰保以知情故縱之罪。而其報復之人，所殺之讐；果係可殺，則讞以情有可矜，坐

其罪而免其死。若官吏假王法以制人於死，律有常條，不許私自報復，必須明白赴愬；若屢愬不伸而殺之者，則以上聞，委任大臣鞫審。如果被殺者有冤，而所司不爲伸理，則免報仇者死而流放之，如胡氏之所以處張瑝者，而重坐經由官司之罪。若被殺之人不能無罪，但不至於死，則又在隨事情而權其輕重焉」。如此則於經於律兩無違悖；人知讐之必報，而不敢相殺害以全其生；知法之有禁而不敢輒專殺，以犯於法，則天下無難處之事，國家無難斷之獄，人世無不報之讐，地下無枉死之鬼矣」。（註九）

按丘濬理想如此；在實際上法律的規定也頗以此爲原則；試舉大清律例來說：「凡祖父母父母爲人所殺者：

「子孫擅殺行兇人，杖六十。（即時殺死勿論）。

「兇犯當時脫逃，被子孫擅遇殺死，照擅殺應死罪人律，杖一百。

「兇犯擬抵遇赦減等發配後逃回，被死者子孫擅殺，流三千里。

「兇犯遇赦釋回，國法已伸，不當爲讐，如有子孫復讐殺害，仍照謀故本律定擬。（入於緩決，

永遠監禁）。

「釋回之犯復向死者子孫尋釁爭鬬，或用言譏誚，有心欺凌，死者子孫忿激致斃，於謀故殺本律減一等，流三千里」。

可見復讎思想直至近世猶深入法律條文裏面；而鼎鼎大名的學者如章炳麟先生在五朝法律索隱一文還有這樣的話說：

「……法吏斷獄必依左證報當，左證不具，雖衆口所欲殺不得施，如是豽詐者愈以得志而死者無有可申之地；且受賕枉法，猶可治也；姻族相私，猶可使回避也；若法吏與囚人故交友戚，以佗事而相朋比，罪在疑似，非有極成左證者，則藉法令以省釋之，誰能問者？及夫被劾逃亡，其成事尤亟見前代聽子姓復仇者宷法令有疐跋不足以盡得罪人，故任其自相捕斵，且不以國家之名分制一人也……」。（註一〇）

按近代「刑事訴訟法」對中國歷代所謂必須子姓復仇的事件果眞無救濟的辦法麼？恐怕只是章先生一人的私見；何況「子孫相報後忿深前至于滅戶殄業」——在東漢已來卽爲人所痛惡；又怎

能實行於今日？所以著者還是贊成王安石復讎解的說法：

「復讎非治世之道也。明天子在上，自方伯諸侯以至於有司，各脩其職，其能殺不辜者少矣；不幸而有焉，則其子弟以告于有司；有司不能聽，以告于其君；其君不能聽，以告于方伯；方伯不能聽，以告于天子，則天子誅其不能聽者，而爲之施刑於其讎」。亂世則天子諸侯方伯皆不可以告；故書說紂曰：「凡有辜罪，乃罔恆獲，小民方興，相爲敵讎」，蓋讎之所以興，以上之不可告，辜罪之不常獲也。方是時，有父兄之讎而輒殺之者，君子權其勢，恕其情而與之可也。故復讎之義見於春秋傳，見於禮記，爲亂世之爲子弟者言之也。春秋傳以爲「父受誅，子復讎不可也」，此言不敢以身之私而害天下之公。又以爲「父不受誅，子復讎可也」，此言不以有可絕之義，廢不可絕之恩也。周官之說曰：「凡復讎者書于士，殺之無罪」，疑此非周公之法也。凡所以有復讎者，以天下之亂而士之不能聽也。有士矣，不使聽其殺人之罪以施行，而使爲人之子弟者讎之；然則何取於士而祿之也？古之於殺人，其聽之可謂盡矣，猶懼其未也，曰「與其殺不辜，寧失不經」，今書于士，則殺之無罪；則所謂復讎者，果所謂可讎者乎？

庸詎知其不獨有可言者乎？就當聽其罪矣，則不殺於士師；而使讎者殺之；何也？故疑此非周公之法也或曰世亂而有復讎之禁，則寧殺身以復讎乎？將無復讎而以存人之祀乎？曰：可以復讎而不復，非孝也。復讎而殄祀，亦非孝也，以讎未復之恥居之終身焉，蓋可也。讎之不復者，天也，不忘復仇者，己也；克己以畏天，心不忘其親，不亦可矣乎」？（註一二）

這卽是說「復讎」乃是天下大亂法令失效時的變態行動；但也可以說「復讎行爲」是「蠻性的遺留」，在相信「法治」有最高效率的人就絕不應扇此惡風；尤其是在近年張宗昌孫傳芳和其他遭「子姓復仇」的著名事件發生以後更應加以注意。

（註一）參看無刑錄卷十三和難上譯註本第三二二至三二六頁。

（註二）大學衍義補卷之一百十明復讐之義第六頁。

（註三）前書第一、二、三，三頁。

（註四）申鑒時事第二。

（註五）大學衍義補卷之一百十第六七兩頁。

（註六）河東集卷三。

(註七)大學衍義補卷之一百十第八、九兩頁。

(註八、註九)前書第九至第十五頁。

(註一〇)東氏叢書文錄。

(註一一)無刑錄卷十四和離下，譯註本第四七三至四七五頁所引。

(午)肉刑復興問題

中國古代的肉刑其起源有的說是苗民，如尚書、呂刑說：「苗民弗用靈，制以刑，殺戮無辜」，(註一)這話是否確實，姑且不問，但肉刑的歷史至少也有千多年，到了漢文帝十三年纔下詔廢除，前漢書刑法志計載此次大改革的經過如下：

「齊太倉令淳于公有罪當刑，防獄逮繫長安。淳于公無男，有五女，當行會逮，罵其女曰：「生子不生男，緩急非有益也」！其少女緹縈自傷悲泣，乃隨其父至長安上書曰：

「妾父為吏，齊中皆稱其廉平，今坐法當刑，妾傷夫死者不可復生，刑者不可復屬，雖欲改過自新，其道亡繇也。妾願沒入官婢，以贖父刑罪，使得自新」。

書奏，天子憐悲其意，遂下令曰：

「……今法有肉刑三，（孟康曰「黥，劓二，刖左右趾合一，凡三也」）而姦不止，其咎安在？……夫刑至斷支體刻肌膚終身不息何其刑之痛而不德也！豈稱爲民父母之意哉？其除肉刑有以易之」。

於是以「髡鉗」代「黥」，「笞三百」代「劓」，「笞五百」代「斬趾」……」。

是這次大改革的主動人物乃爲一名叫緹縈的少年女子─丘濬大學衍義補有說：

「按後世以笞箠爲刑始此。……自是以來，天下之人犯法者始免斷支體刻肌膚百世之下；人得以全其身不絕其類者文帝之德大矣。」─（註二）

這樣所以從東漢起歷魏晉諸朝直到北宋差不多有七八次的復興運動但始終都未曾實現這復興「肉刑」的運動自有其事實上的根據即如刑法志所說：

「……是後外有輕刑之名內實殺人斬右趾者又當死斬左趾者笞五百當劓者笞三百率多死景帝元年下詔曰『加笞與重罪無異幸而不死不可爲人其定律「笞五百」曰「三百」，「笞三百」曰「二百」，猶尙不全，至中六年又下詔曰：「加笞者或至死而笞未畢，朕

甚憐之其減「笞三百」曰「二百」，「笞二百」曰「一百」。又曰：「笞者，所以教之也，其定箠令」。丞相劉舍御史大夫衞綰請笞者箠長五尺，其本大一寸，其竹也末薄半寸，皆平其節，當笞者笞臀，毋得更人，畢一罪乃更人，自是笞者得全；然酷吏猶以爲威；死刑既重，而生刑又輕，民易犯之」。

又說：

「今漢承衰周暴秦極敝之流俗已薄於三代，而行堯舜之刑，是猶以鞿而御悍突，違救時之宜矣。且除肉刑本欲以全民也今去髡鉗一等轉而入於大辟以死罔民失本惠矣；故死者歲以萬數刑重之所致也至於穿窬之盜忿怒傷人男女淫泆吏爲姦臧若此之惡髡鉗之罰又不足以懲也故刑者歲十萬數；民既不畏又曾不恥；刑輕之所生也」

班固這樣的指責改革辦法的不妥當；其實在班固以前光武帝建武十四年就有許多人對「廢止肉刑」一事表示不滿；據後漢書杜林傳說：

「林代郭憲爲光祿勳，十四年羣臣上言：古者肉刑嚴重；則人畏法令；今憲輕薄；故姦軌不勝

……」

到了東漢末年有的人竟主張「復興肉刑」如崔寔傳引他的政論有說：

「文帝雖除肉刑，當劓者笞三百，當斬左趾者笞五百，當斬右趾者棄市，右趾者既殞其命，笞撻者往往至死，雖有輕刑之名，其實殺也；當此之時，民皆思復肉刑，以此言之，文帝乃重刑，非輕之也。」

荀悅申鑒也有說：

「肉刑古也，或曰：「復之乎？」曰：「古者人民盛焉，今也至寡，整衆以威，撫寡以寬，道也，復刑非務必也，生刑而極死者，復之可也，自古肉刑之除也，斬右趾者死也，惟復肉刑，是謂生死而息民。」（註三）

仲長統的態度尤爲積極，後漢書他的本傳引昌言損益篇的話說：

「肉刑之廢，輕重無品，下死則得髡鉗，下髡鉗則得鞭笞，（下猶減也。）死者不可復生，而髡者無傷於人，髡笞不足以懲中罪；安得不至於死哉？（言髡笞太輕，不足畏懼，而姦人冒罪以

隔於死，明復古肉刑，則人不陷於死也。）夫鷄狗之攘竊；男女之淫奔；酒醴之賂遺；謬誤之傷害；皆非值於死者也；殺之則甚重；髡之則甚輕；不制中刑以稱其罪；則法令安得不參差；殺生安得不過謬乎？今患刑輕之不足以懲惡，則假贓貨以成罪，託疾病以諱殺，（假增諱貨以益其罪，託稱疾病令死於獄也。）科條無所準；名實不相應；恐非帝王之通法；聖人之良制也。或曰：「過刑惡人可也，過刑善人，豈可復哉？」曰：「若前政以來，未曾枉害善人者，則有罪不死也，（言善人有罪亦當殺之也。）是為忍於殺人也，而不忍於刑人也。今令五刑有品；輕重有數；科條有序，明實有正，非殺人逆亂鳥獸之行甚重者皆勿殺，（鳥獸之行謂烝報也）嗣周氏之祕典；續呂侯之祥刑；（祥，善也。）此又宜復之善也。」

「肉刑復興」的確是當時朝野間的一大問題，試看晉書刑法志就有說：

「建安（漢獻帝年號）元年……故遼東太守崔寔，大司農鄭元，大鴻臚陳紀之徒，咸以為宜復行肉刑。」

惟因「漢朝既不議其事，故無所用矣，」又反對恢復肉刑的人也不能說完全沒有；後漢書孔融傳

就說：

「論者多欲復肉刑，融乃建議……」

按孔融的肉刑議說：

「古者敦厖，善否區別，吏端刑輕，治無過失，百姓有罪皆自取之；末世陵遲，風俗壞亂，政撓俗替，法害其民，故曰上失其道，民散久矣，而欲繩之以古刑，投之以殘棄，非所謂與時消息也。紂斮朝涉之脛，天下謂之無道，夫九牧之地，千八百君，若刖一人，是天下常有千八百刖也；求世休和，弗可得已。且被刑之人，慮不念生，志在思死，類多趨惡，莫非歸正：夙沙亂齊，伊戾禍宋，趙高英布為世大患，不能止其源，遂為非也。雖忠如鬻拳，信如卞和，智如孫臏，冤如巷伯，才如史遷，達如子政，一罹刀鋸，沒世不齒。漢開改惡之路，凡為此也。故明德之君，遠度深惟，棄短就長；不苟革其政也。」

孔融反對的理由很為充足，所以結果就如本傳所說：「朝廷善之，卒不改焉」。到了三國的魏朝又繼續討論肉刑的存廢問題：第一次據晉書刑法志說在「魏國建」的時候，「魏武帝下令又欲復

肉刑」；第二次據後漢書鍾繇傳說「文帝臨饗羣臣，詔謂太祖欲復肉刑，此誠聖王之法，公卿當善共議」，第三次據通鑑綱目說在魏明帝「太和元年冬十月，議復肉刑，不果」。第四次據通典說在魏廢帝「正始中征西將軍夏侯玄河南尹李勝又議肉刑，竟不能決」。總括這四次論戰，主張恢復肉刑最出力的先鋒，便是陳羣和鍾繇，傅幹等人不過跟着助陣吶喊而已，現在分別敍說於下：

陳羣　魏志本傳說：「……時太祖議復肉刑令曰：「安得通理君子達於古今者，使平斯事乎？昔陳鴻臚以爲死刑有可加欲仁恩者，正謂此也，御史中丞能申其父之論乎」？羣對曰「臣父紀以爲漢除肉刑而增加笞本興仁惻而死者更衆，所謂名輕而實重者也；名輕則易犯；實重則傷民。書曰：「惟敬五刑，以成三德」，易著劓刖趾之法，所以輔政助教，懲惡息殺也。且殺人償死，合於古制，至於傷人，或殘毀其體而裁剪毛髮，非其理也。若用古刑，是淫者下蠶室，盜者刖其足，則永無淫放穿窬之姦矣」……」。

鍾繇　魏志本傳說：「初，太祖下令，使平議死刑可宮割者，繇以爲古之肉刑更歷聖人，宜復施行以代死刑，議者以爲非悅民之道，遂寢。及文帝臨饗羣臣，詔謂太祖欲復肉刑，此誠聖

王之法，公卿當善共議，議未定會有軍事復寢。太和中繇上疏曰：

「大魏受命，繼蹤虞、夏；孝文革法不合古道……陛下遠追二祖遺意，惜斬趾可以禁惡；恨入死之無辜，乃明習律令與羣臣共議，出本當右趾而入大辟者復行此刑……使如孝景之令，其當棄市，欲斬右趾者，許之；其黥、劓、左趾、宮刑者，自如孝文易以髡笞；能有姦者，率年二十至四五十，雖斬其足猶任生育。今天下人少於孝文之世，計所全歲三千人」……」。

傅幹歐陽詢撰的藝文類聚引他的肉刑議一文說：

「……蓋禮樂所以導民，刑法所以威之，是故君子忌禮而小人畏刑。雖湯武之隆，成康之盛，不專用禮樂，亦陳肉刑之法，而康哉之歌興，清廟之頌作，由此推之，肉刑之法不當除也。經有墨、劓、剕、割之制，至於鑿顛抽脅烹煮之刑，衞鞅所述，爲非咎陶所造，呂侯所述，據經按傳，肉刑不當除，有五驗；請言其理，荀卿論之備矣……」。（註四）

此外如——

曾義據藝文類聚所引他的肉刑論一文看來，似乎老、莊的虛靜無爲，很不以用肉刑爲然的，如說：

「……夫言肉刑之濟治者，荀卿所倡，班固所述，隆其趣則曰像天地爲之，惟明察其用，則曰死刑重而生刑輕，其所馳騁，極於此矣。治則刑重，亂則刑輕，又曰「殺人者死，傷人者刑」，是百王之所同，固未達夫用刑之本矣。夫死刑者，不唯殺人妖逆是除，天地之道也；傷人者不改，斯亦妖逆之類也；如其可改，此則無取於肉刑也。且傷人殺人皆非人性之自然也，必有由然者也，夫有由而然者，激之則淫，敎之則一；激之也者，動其利路；敎之也者，篤其質樸，故在上者議茲本要，不營奇思，行之以簡，守之以靜，大則其隆足以侔天地，中則其理可以厚民萌，下則刑罰可以無殘虐；民靜理則其化，爲惡之尤者，衆之所棄，則無改之驗著矣。夫死之可以有生，而欲增淫刑以利暴刑，暴刑所加，雖云懲慢之由興，有使之然，謂之宜生，生之可也；舍死折骸又何辜耶？猶稱以滿堂而飲，有向隅哀泣，則一堂爲之不樂！在上者先濯其心，靜而民足，各得其性，何懼乎姦之不勝，乃欲斷截防轉而

入死乎？」（註五）

但明白反對恢復肉刑的還要算王脩、王朗、夏侯玄諸人，晉書刑法志有說：

「魏國建……（陳）羣深陳其便，時鍾繇爲相國，亦贊成之，而奉常王脩不同其議。……明帝時大傅鍾繇又上疏求復肉刑，詔下其奏，司徒王朗議又不同，時議百餘人與朗同者多。……

……」。

現將諸人所持的理由敘述於下：

王脩　魏志本傳只有說「太祖議行肉刑，脩以爲時未可行；太祖採其議」。

王朗　魏志、鍾繇傳記載「司徒王朗議以爲繇欲輕減大辟之條，以增益刖刑之數，此即起偃爲豎，化屍爲人矣。然臣之愚猶有未合微異之意，夫五刑之屬，著在科律，科律自有減死一等之法，不死即爲減，施行已久，不待遠假斧鑿於肉刑，然後有罪次也。前世仁者不忍肉刑之慘酷，是以廢而不用，不用已來，歷年數百，今復行之，恐所減之文未彰於萬民之目，而肉刑之問已宣於寇讐之耳，非所以來遠人也。今可按繇所欲輕之死罪，使減死之髡則，嫌

其輕者；可倍其居作之歲數；內有以生易死不賞之恩；外無以刖易欽駭耳之聲……」。

夏侯玄 據通典說：「齊王芳正始中征西將軍夏侯玄，河南尹李勝又議肉刑，竟不能決，夏侯太初著論曰：

「夫天地之性，人物之道，豈自然當有犯，何荀、班論曰：治則刑重，亂則刑輕，又曰：殺人者刑，是百王之所同也；夫死刑者，殺妖逆也；傷人者不改，是亦妖逆之類也，如其可改；則無取於肉刑也；如亡死刑過制，生刑易犯，罪次於古當生，今獨死者，皆可募行肉刑；及傷與盜，吏受贓枉法，男女淫亂，死者皆復古刑，斯罔之於死，則陷之肉刑矣，舍死折骸，又何辜邪？猶稱以滿堂聚飲而有一人向隅而泣者，則一堂為之不樂，此亦願理其平，而必以肉刑施之；是仁於當殺而忍於斷割；懼於易死而安於為暴哀泣；奚由而息堂上，焉得泰邪？仲尼曰：既富且教，又曰：苟子之不欲，雖賞之不竊，何用斷截乎？下愚不移，以惡自終，所謂翦妖也；若饑寒流溝壑；雖大辟不能制也；而況肉刑哉？赭衣滿道；有鼻者醜；終無益矣」

李勝曰：「且肉刑之作，乃自上古書稱五刑有服，又曰天討有罪而五刑五用哉，割劓之

屬也。周官之制亦著五刑，歷三代經至治，周公行之，孔子不議也。今諸議者惟以斷截爲虐，豈不輕於死亡邪？云妖逆是窮，以除大災，此明主治世之不能無也。夫殺之與刑，皆非天地自然之理，不得已而用之也。傷人者不改則刖劓何以改之何爲疾其不改，便當陷之於死地乎？妖逆者懲之而已，豈必除之邪？刑一人而戒千萬人何取一人之能改哉？盜斷其足，淫而宮之，雖欲不改，復安所施？而全其命，懲其心，何傷於大德？今有弱子罪當大辟，問其慈父，必請其肉刑代之矣；慈父猶施之於弱子，況君加之百姓哉？且蝮蛇螫手，則壯士斷其腕，系趾在足，則猛獸絕其蹯，蓋毀支而全生也。夫一人哀泣，一堂爲之不樂，此言殺戮者之不當也，何事於肉刑之間哉？赭衣滿道，有鼻者醜，此時也長城之役，死者相繼；六經之儒，塡谷滿坑，何恤於鼻之好醜乎？此吾子故猶哀刑而不悼死也」。

夏侯答曰：「聖賢之治世也，能使民遷善而自新，故易曰：小懲而大戒，陷，夫死者，不戒者也，能懲戒則無刻截；刻截則不得反善矣」。

李又曰：「易曰：屨校滅趾無咎，仲尼解曰：小懲而大戒，此小人之福也，滅趾謂去足，爲小

人懲明矣」。

夏侯答曰「暴之取死，此自然也，傷人不改，縱暴滋多，殺之可也；傷人而能改悔；則豈須肉刑而後止哉？殺人以除暴，自然理也，斷截之政，末流之所云耳。孔少府曰：殺人無所斫人有小瘡，故刖趾不可以報施，而髡不足以償傷，傷人一寸而斷其支體，爲罰已重，不厭衆心也」。

李又曰「暴之取死，亦有由來，非自然也；傷人不改，亦治道未洽，而輕刑不足以大戒，若刑之與殺，俱非自然，而刑輕於殺，何云殘酷哉？夫刖趾不可報施，誠然，髡輸固不足以償傷，傷人一寸而斷其支體，爲罪已重；夷人之面，截其手足，其亦髡輸償之，不亦輕乎？但慮其重，不惟其輕，不其偏哉？孔氏之論，恐未足爲雅論也」」。（註六）

這篇文字據魏氏春秋說是「辭旨通遠，咸傳於世」，但內容卻不見有什麼出色之處；但魏代前後四次有君主做後盾的「肉刑復興運動」竟被他們打消；也就非「空言」可比了！

晉代大法家劉頌，又重整「恢復肉刑」一派的旗鼓；晉書、刑法志說：

「劉頌爲廷尉，頻表宜復肉刑，不見省，又上言曰：

「臣昔上行肉刑，從來積年，遂寢不論。臣竊以爲議者拘孝文之小仁，而輕違聖王之典刑；未詳之甚，莫過於此。今死刑重，故非命者衆；生刑輕，故罪不禁奸；所以然者，肉刑不用之所致也。今爲徒者，類性元惡不軌之族也，去家懸遠，作役山谷，飢寒切身，志不聊生，雖有廉士介者，尙慮不首死，則皆爲盜賊，豈況本性奸兇無賴之徒乎？又令徒富者輸財，解日歸家，乃無役之人也；貧者起爲盜賊，又不制之虜也。不刑則罪無所禁，不制則羣惡橫肆，爲法若此，近不盡善也。是以徒亡日屬，賊盜日煩，亡之數者至有十數，得輒加刑，日益一歲，此爲終身之徒也；自顧反善無期，而災困逼身，其志亡思盜，勢不得息，事使之然也。古者用刑以止刑，今反於此，諸重犯亡者，髮過三寸，輒重髡之；此以刑生刑；加作一歲，此以徒生徒也。亡者積多，繫囚猥畜，議者曰囚不可不赦，復從而赦之，此謂刑不制罪，法不勝奸，下知法之不勝，相聚而謀爲不軌，月異而歲不同，故自頃年以來，奸惡陵暴，所在充斥，議者不深思此故，而曰

肉刑於名忤聽，忤聽孰與盜賊不禁？

聖王之制肉刑，遠有深理；其事可得而言；非徒懲其畏剝割之痛而不爲也；乃去其爲惡之具，使夫奸人無用復肆其志；止奸絕本；理之盡也；亡者刖足；無所用復亡；盜者截手；無所用復盜；淫者割其勢；理亦如之。除惡塞源；莫善於此；非徒然也。此等已刑之後，使各歸家，父母妻子，共相養恤，不流離於塗路。有今之困，創愈可役，上准古制，隨宜業作，雖已刑殘，不爲虛棄，而所患都塞，又生育繁阜之道自若也。

今宜取死刑之限輕及三犯，逃亡淫盜，悉以肉刑代之。其三歲刑以下，已自杖罰遣，又宜制其罰數，使有常限，不得減此。其有宜重者，又任之官長，應四五歲刑者，皆髡笞，笞至一百，稍行使各有差，悉不復居作，然後刑不復生刑；徒不復生徒；而殘體爲戮；終身作誡；人見其痛；畏而不犯；必數倍於今；且爲惡者隨發被刑；去其爲惡之具；此爲諸已刑者皆良士也；豈與全其爲奸之手足，而蹴居必死之窮地，同哉；而猶曰肉刑不可用；臣竊以爲不識務之甚也。臣昔常侍左右，數聞明詔，謂肉刑宜用，事便於政，願陛下信獨見之斷，使夫能者得奉聖慮

行之，於今比墳籍，冀見太平，周禮三赦二宥，施於老幼，悼耄黔黎，不屬逮者，此非爲惡之所出，故刑法逆舍而宥之，至於自非此族，犯罪則必刑而無赦，此政之理也。暨至後世，以時嶮多難，因赦解結，權以行之，又不以寬罪人也；至今恆以罪積獄繁，赦以散之，是以赦愈數而獄愈塞，如此不已，將至不勝，原其所由；肉刑不用之故也今行肉刑；非徒不積；且爲惡無具則奸息；去此二端獄不得繁；故無取於數赦於政體勝矣」」。

劉頌是法律專家所以他的「肉刑復興運動」不祇像漢魏以來的人士僅着眼於文帝改革辦法的流弊；且進一步從理論上闡發肉刑的盡美盡善；不過他始終是一位恐嚇主義的法家；所以他的理論在當時既「不見省」；於君主也不能實現於後代。劉頌而後，據前書說到了元帝時又有廷尉衞展——

「又上言「古者肉刑，事經前聖，漢文除之，增加大辟，今人戶彫荒，百不遺一，而刑法峻重非句踐養胎之義也，愚謂宜復古施行，以隆太平之化」，詔內外通議，於是驃騎將軍王導太常賀循侍中紀瞻中書郎庾亮大將軍諮議參軍梅陶散騎郎張嶷等議以「肉刑之典由來尙

矣；雖自古先以及三代聖哲明王所未曾改也，豈是漢文常主所能易者乎？時蕭、曹已沒，絳灌之徒，不能正其義，逮班固深論其事，以外有輕刑之名，內實殺人，又死刑太重，生刑太輕，生刑施於上，死刑怨於下，輕重失當，故刑政不中也。且原先王之造刑也，非以過怒也，非以殘人也，所以救奸，所以當罪。今盜者竊人之財，淫者好人之色，亡者避叛之役，皆無殺害也，則刖之以刑；刑之則止，而加之斬戮，戮過其罪；死不可生，縱虐於此，歲以巨計；此迺仁人君子所不忍聞；而況行之於政乎？若乃惑其名而不練其實，惡其生而趣其死，此畏水投舟，避坎蹈井，愚夫之不若，何取於政哉？今大晉中興，遵復古典，率由舊章，起千載之滯義，拯百殘之遺黎，使皇典廢而復存，黔首死而更生，至義暢於三代之際，遺風播乎百世之後，生肉枯骨，惠侔造化，豈不休哉？或者乃曰：死猶不懲，而況於刑，然人者冥也，其至愚矣！雖加斬戮，忍為灰土，死事日往，生欲日存，未以為改。若刑諸市朝，朝夕鑒戒，刑者詠為惡之永痛，惡者覩殘刖之長廢；故足懼也。然後知先王之輕刑以御物，顯誡以懲愚，其理遠矣」。

尚書令刁協尚書薛兼等議：「以為聖上悼殘荒之遺黎，傷犯死之繁眾，欲行刖以代死刑，使

犯死之徒得存性命，則率士蒙更生之澤，兆庶必懷恩以反化也。今中興祚隆，大命惟新，誠宜設寬法以育人。然懼羣小愚蔽，習翫所見而忽異聞，或未能咸服，愚謂行刑之時，先明申法令，樂刑者刖，甘死者殺，則心必服矣。古典刑不上大夫，今士人有犯者謂宜入舊，不在刑例，則進退爲允」。

以上所述郎衞展和他的共鳴者的「復興肉刑」的意見；但同時持反對言論的也大有人在！如前書所記載——

「尙書周顗郎曹彥中書郎桓彝等議：「以爲復肉刑以代死，誠是聖王之至德，哀矜之弘私，然竊以爲刑罰輕重，隨時而作；時人少罪而易威，則從輕而寬之；時人多罪而難威，則宜化刑而濟之；肉刑平世所應立，非救弊之宜也。方今聖化草創，人有餘奸，習惡之徒，爲非未已，截頭絞頸，尙不能禁，而乃更斷足劓鼻，輕其刑罰，使欲爲惡者，輕犯寬刑，蹈罪更衆，是爲輕其刑以誘人於罪，殘其身以加楚酷也。昔之畏死刑以爲善人者，今皆犯輕刑以殘其身，畏重之常人，反爲犯輕而致囚，此則何異斷刖常人以爲恩仁邪？受刑者轉廣，而爲非者日多；踊貴履賤，有

鼻者醜也。徒有輕刑之名，實開長惡之源；不如以殺止殺，重以全輕，權小停之須，兆庶易威之日，徐施行也」」。

這場論戰的結果，據前書說：「議奏，元帝猶欲從展所上，大將軍王敦以為百姓習俗日久，忽復肉刑，必駭遠近，且逆寇未殄，不宜有慘酷之聲以聞天下；於是乃止」。晉代最末的一次「肉刑復興」的辯難，據前書的記載如下：

「安帝元興末桓玄輔政，又議欲復肉刑，斬左右趾之法，以輕死刑，命百官議。蔡廓上議曰：「建邦立法，弘教穆化，必隨時置制，德刑兼施，長貞一以閑其邪，教禁以檢其慢，灑湛露以流潤，厲嚴霜以肅威，雖復質文迭用，而斯道莫革。肉刑之設，肇自哲王，蓋由曩世風淳，人多惇謹，圖像既陳，則機心直戢，刑人在塗，則不逞改操，故能勝殘去殺，化隆無為；季末澆僞，設網彌密，利巧之懷日滋，恥畏之情轉寡，終身劇役，不足止其奸，況乎黥劓，豈能反於善？徒有酸慘之聲，而無濟俗之益。至於棄市之條，實非不赦之罪，事非手殺，考律同歸，輕重約科，減降路塞，鍾、陳以之抗言，元皇所為留愍；今英輔翼贊，道邁伊周，誠宜明慎用刑，愛人弘育，申哀

矜以革濫移大辟於支體，全性命之至重，恢繁息於將來」。

而孔琳之議不同，用王朗、夏侯玄之旨，時論多與琳之同，故遂不行」。

按宋書、孔琳之傳和南史、孔琳之傳都說：

「（桓）玄又議復肉刑，琳之以爲唐、虞象刑，夏禹立辟，蓋淳薄既異，致化不同，書曰世輕世重，言隨時也。夫三代風純而事簡，故罕蹈刑辟，季末俗巧而務殷，故動陷憲網，若三千行於叔世，必有踊貴之尤，此五帝不相循法，肉刑不可悉復者也。漢文發仁惻之意，傷自新之路，莫由革古創制，號稱刑厝，然名輕而實重，反更傷人，故孝景嗣位，輕之以緩，緩而人慢，又不禁邪，期於刑罰之中，所以見美於昔，歷代詳論而未獲厥中者也。兵荒以後，罹法更多，棄市之刑，本斬右趾，漢文一謬，承而弗革，所以前賢悵恨，議之而未辯，鍾繇、陳羣之意，雖小有不同，欲以右趾代棄市，若從其言，則所活者衆矣，降死之生，誠爲輕法，可以全其性命，蕃其產育，仁既濟物，功亦益衆；又今之所患，逋逃爲先，屢叛不革，宜令逃身靡所，亦以肅戒未犯，永絕惡原，至於餘條，宜且依舊」。

晉人論肉刑的還有——

曹志藝文類聚引他的話說：「嚴刑以殺，犯之者寡；刑輕易犯，蹈惡者多。臣謂玩常苟免，犯法乃衆；黥刖彰罪，而民甚恥。且創制墨刖，見者知禁，彰罪表惡，聞者多服，假使惡多尚不至死，無妨產育，苟能殺以止殺，爲惡縱寡，積而不已，將至無人，天無以神，君無以尊矣。故古人寧過不殺，是以爲上；寧寬得衆，不寧急積殺；若及于、張聽訟，刑以止刑，可不革舊，過此以往；肉刑是宜。假令漢文于張承大亂之後，創基七十，國寡民稀，止禁刑書鞭杖爲治也」。

這種態度是調和兩派——也可說是模棱兩可的。此外如五胡裏的南燕、慕容超，據晉書、載記說：

「……超議復肉刑九等之選，乃下書於境內曰：

「肉刑者，乃先聖之經，不刊之典，漢文易之，輕重乖度，今犯罪彌多，死之者稍重。肉刑之於化也，濟育既廣，懲慘尤深。光壽、建興中二祖已議復之，未及而晏駕，其令博士已上參考舊事，依呂刑及漢魏晉律令消息增損，議燕律……」」。

但因「羣下議多不同」，肉刑的恢復就難成爲事實。此後歷南北朝、隋、唐都沒有「肉刑存廢的問

題」發生，直到宋神宗時，據宋史、刑法志說：

「韓絳嘗請用肉刑，曾布復上議曰：

「先王之制刑罰，未嘗不本於仁，然而有斷肢體，刻肌膚以至於殺戮，非得已也。蓋人之有罪，贖刑不足以懲之，故不得已而加之以墨劓剕宮大辟；然審適輕重，則又有流宥之法；至漢文帝除肉刑而定笞箠之令，後世因之以爲律：大辟之次，處以流刑，代墨劓剕宮不惟非先王流宥之意，而又失輕重之差。古者鄉田同井，人皆安土重遷，流之遠方無所資給，徒隸困辱，以至終身；近世之民，輕去鄉井，轉徙四方，固不爲患而居作一年，卽聽附籍，比於古亦輕矣。況折杖之法於古爲鞭扑之刑，刑輕不能止惡，故犯法日益衆，其終必至於殺戮，是欲輕而反重也。今大辟之目至多，取其情可貸者處之以肉刑，則人之獲生者必衆；若軍士亡去應斬，賊盜贓滿應絞，則刖其足；犯良人於法應死而情輕者，處以宮刑；至於劓墨則用刺配之法；降此而後爲流徒杖笞之罪，則制刑有差等矣」。

議旣上，帝（神宗）問可否於執政王安石，馮京，互有輪辯，迄不果行」。

宋代「肉刑復興運動」不只起於政府方面，卽學者亦有如此主張，盧野德林無刑錄有說：

「……韓絳曾布黨於安石，……但此奏議有與張子、朱子之說合者。……張子曰：「肉刑猶可用於死刑，今如傷舊主者死，軍人犯逃走亦死，今且以此比刖足，彼亦自幸得免死，人觀之更不敢犯今之妄人往往輕視其死，使之刖足，亦必懼矣，此亦仁術」。朱子之說見答張敬夫及鄭景望書，最爲得先王制刑之本意也……」。（註七）

按朱熹答張敬夫書有說：

「昨日遺問又見奉行強盜新法者，……經貸命而再犯者殺之，似亦太過，不若斬其左足；使終身不復陸梁；全生之仁禁非之義並行不悖；乃先王制刑督姦之本意也」。（註八）

大概從南宋以後「肉刑復興運動」卽完全消滅；馬端臨文獻通考刑考卽有根本反對恢復肉刑的話說：

「肉刑之不用已三百餘年，而卒欲復之，誠非篤論，然陳羣所謂傷人或殘毀其體而裁減毛髮，是當時傷人者，不過坐髡鉗之罪；又言以笞死之法，易不殺之刑，是重人肢體而輕人軀命。

蓋自孝文立法以笞代劓刵，而笞數太多，反以殺人，後雖減笞數，定箠令，然笞者猶不免於死，於是遂以笞爲死刑；其不當死者，則幷不復笞之，如孝、章以來屢法寬刑之詔，俱言減死一等者勿笞徙邊，蓋懼其笞則必至於死也。然鬬狠傷人與奸盜不法之徒，若抵以死則太酷，免死而至於髡鉗，則裁剪其毛髮而略不懼箠楚之毒，又太輕矣；則曷若斟酌笞數使其可以懲奸而毋至於殺人者乃合中道，而肉刑固不必議復也」。

明宣宗「一日御文華殿，與羣臣論古肉刑：——

侍郎對：「漢除肉刑，人遂輕犯法」。

帝曰：「此自由教化，豈關肉刑之有無？舜法有流宥金贖，而四凶之罪止於竄殛，可見當時被肉刑者必皆重罪，不濫及也。況漢承秦敝，挾書有律，若概用肉刑受傷者必多矣」」。（註八）

清代翁叔元肉刑論也說：

「治因乎時者也。謂聖人之法不當變，則三代之天下猶唐虞可也，秦、漢之天下猶三代可也，然唐虞之不得不爲三代，三代之不得不爲秦、漢，其時異故其勢殊也。時異勢殊，則唐虞之法

有不可行於三代；三代之法有不可行於秦、漢者；固非止一肉刑而已……秦之世，壞先王之井田，廢先王之封建，滅先王之禮樂，凡聖人所以厲世磨純化導天下之具；無所不廢；而惟肉刑獨存；彼固欲牟然獨行恣睢之心以肆毒天下；而肉刑適以濟之；民之被其害者深矣。漢興，沿而未改，至文帝始詔除之，厥後宣帝之世，其臣路溫舒猶爲上言秦有十失，其一尙存，獄吏是也。由此觀之，使文帝不除肉刑，則後之爲嚴刑峻法，以濟其酷者，又不知如何矣。故文帝之除也；鑒秦弊也」。（註九）

由以前所引從東漢到清千多年來反對恢復肉刑的人的理論；也許不如「肉刑復興運動」的人的那樣明切犀利；但終如翁叔元所說因時勢推移；聖王——（也可說是野蠻）的肉刑終於被天演所淘汰了不過這裏所要注意卽從漢文帝正式廢除「肉刑」之後；各朝代也間或施行肉刑的一部分；舉例來說：

第一，「黥」刑　文帝時雖已廢除「黥刑」，但據後漢書、朱穆傳說：「臣願黥首繫趾」，注說：「黥首謂鑿額涅墨也」，是或偶一施用；魏、晉兩朝都無「黥刑」，惟南朝宋明帝太始

四年對犯強盜罪的「刺字於兩頰」，使「黥」刑復活，惟「及帝崩，其例乃寢」。北朝到隋、唐都不「黥」，宋、遼、金、元、明、清卻又都有黥刑。

第二，「劓」刑　從文帝廢除以後，律文卽不再見，惟形質相近的變相刑名如元代的「拳耳」，清初的軍隊裏還有「穿耳鼻」的刑罰，但在順治三年就和「割腳筋」同時廢除。

第三，「斬趾」刑　文帝改「笞五百」代「斬趾」，但後漢書章、明兩帝紀所錄詔書還有「斬右趾」的刑名，可見事實上還未完全廢除。魏、晉無「斬趾」刑，唐太宗卽位，曾議舊律的五十條免死罪，只「斷其右趾」，據唐書、刑法志說：

「（太宗）旣而又哀其斷毀支體，謂侍臣曰：「肉刑前代除之久矣，今復斷人趾，吾不忍也」。

王珪、蕭禹、陳叔達對曰：「受刑者當死而獲生，豈憚去一趾？去趾所以使見者知懼，今以死刑爲斷趾，蓋寬之也」。

帝曰：「公等更思之」。

其後蜀王法曹參軍裴弘獻駁律令四十餘事，乃詔房元齡與弘獻等重加刪定，元齡等以謂古者五刑，刖居其一，及肉刑既廢，今以笞杖徒流死爲五刑，而又刖足，是六刑也，於是除斷趾法」。

這樣，「劓」刑和「斬趾」刑雖在漢文帝之後，卻均無復活的可能，惟「黥」刑乃名廢而實存，由此可見千多年來法律思想家雖費了多少唇舌筆墨，仍不能使「肉刑」在實際上整個的完全消滅，所以「思想快」「事實慢」是千眞萬確的眞理。

(註一)或有說劓、刵、椓、黥是苗族的肉刑，墨、劓、宮、剕是漢族的肉刑，其實名稱雖有不同，內容卻是一樣，

(註二)大學衍義補卷之一百二定律令之制上第十五頁。

(註三)申鑒時事第二。

(註四)藝文類聚五十四刑法部。

(註五)同上。

(註六)通典一百六十八。

(註七)無刑錄卷六刑法下，譯註本第二〇九頁。

(註八)唐書第二一七頁。

（註九）瀏芬樓古今文鈔卷四。

（未）以贓定罪問題

中國歷代法典關於「強竊盜罪」和「官吏瀆職賄賂」，與「侵佔」等罪都是拿贓物數量的多少和價值的貴賤來定犯罪的輕重；唐律雜律的疏議有說：

「贓罪正名，其數有六，謂「受財枉法」，「不枉法」，「受所監臨」，「強盜」，「竊盜」并「坐贓」……」。（註一）

這卽是所謂「六贓」，其計算贓物的價值又特有規定，如名例律說：

「諸平贓者皆據犯處當時物價及上絹估」。

疏議說：

「贓謂罪人所取之贓，皆平其價直，準犯處當時上絹之價，依令每月旬別三等估其贓平所犯，旬估定罪，取所犯旬上絹之價。假有人蒲州盜鹽，雋州事發，鹽已廢用，依令懸平，卽取蒲州中之估鹽，準蒲州上絹之價，於雋州斷決之類……」。（註二）

現先述關於「強竊盜罪」和侵佔罪的規定，如漢律「主守盜直十金棄市」；晉律「主守偸五疋，常偸四十疋並加大辟」；北周據周書、武帝紀說：「建德六年十一月初行刑書要制，持杖羣強盜一匹以上，不持杖羣強盜五疋以上，監臨主守掌自盜二十匹以上……至死刑」。唐律、賊盜律規定尤極詳細，如：——

「諸竊盜不得財，笞五十；一尺，杖六十；一疋，加一等；五疋，徒一年；十疋，加一等；五十疋，加役流。

「諸強盜不得財，徒二年；一尺，徒三年；二疋，加一等；十疋及傷人者，絞。……

「諸監臨主守自盜及盜所監臨財物者，加凡盜二等；三十疋，絞」。

宋刑統、賊盜律並同唐律，惟另引宋太祖、建隆三年的敕節文說：

「起今後犯竊盜贓滿五貫文足百，處死；不滿五貫文，決脊杖二十，配役三年。……

「今後應強盜計贓錢滿三貫文足百皆處死；不滿三貫文決脊杖二十，配役三年……」。

這樣的規定看去似公平而實不公平；所以宋代的曾布即首先懷疑，據宋史、刑法志說：

「……先是曾布建言「盜情有重輕，贓有多少，今以贓論罪，則刼貧家情雖重而以贓少減

免；劫富室情雖輕而以贓重論死；是盜之生死；係於主之貧富也。至於傷人情狀亦殊，以手足毆人偶傷肌體，與夫兵刃湯火固有間矣，而均謂之「傷」，朝廷雖許奏裁，而州郡或奏或否，死生之分，特幸與不幸爾。不若一變舊法，凡以贓定罪及傷人情狀不至切害者，皆從罪止之法。其用兵刃湯火情狀酷毒及汙辱良家或入州縣鎮砦行劫若驅虜官吏巡防人等，不以傷與不傷，凡情不可貸者，皆處以死刑；則輕重不失其當矣……」。

他這種「誅心」的思想，雖到他爲宰相的時候曾一度施行，但終被反對黨推倒，直到滿清末年編定新刑律的時候，纔算把「以贓論罪」的辦法去掉。此外如朱熹在答張敬夫書也有說：

「昨日道間又見奉行強盜新法者，殺傷人、犯姦、縱火皆死，此固無疑於當戮，但贓滿之限亦從而損之，此似太過！蓋所以改此法，正以人之軀命爲重耳，今乃一例爲此刻急，則人但見峻文之迹，而未察乎所以愛人之心者，亦不得不駭矣。不若改此一條，使贓滿之數比舊法又加寬焉；以見改法之本意，所重乃在人之軀命而不在乎貨財；則彼微有貪生惜死之情者，爲惡將有所極，而人之被劫者，亦或可以免於殺傷之禍，汙辱之恥矣……」。

遺也是對以贓定盜罪不滿的表示。又關於官吏瀆職賄賂的規定，如前漢書、景帝本紀錄——

「元年詔曰、「吏受所監臨，以飲食免重，受財賤買貴賣論輕」。（師古曰：「帝以爲當時律條吏受所監臨賂遺飲食卽坐免官爵於法太重，而受所監臨財物及賤買貴賣者論決太輕，故令更議改之」）。……廷尉與丞相更議著令，廷尉信與丞相議曰：「……無爵罰金二斤，沒入所受，有能捕告，畀其所受臧」。

又蕭望之傳說：

「……案望之大臣……接受所監臧二百五十以上……」，顏師古注說：「二百五十以上者當時律令坐罪之次，若今律條言一尺以上一匹以上矣」。

北魏、文成帝時定「諸司官贓二丈皆斬」；孝文帝時「枉法十匹，義贓二百匹大辟」。唐律、職制律規定尤詳，如：——

「諸監臨主司受財而枉法者，一尺杖一百，一疋加一等，十五疋絞。

「不枉法者，一尺杖九十，二疋加一等，三十疋加役流」。

大明律、刑律、受贓規定較唐律不同如：

「有祿人：

枉法贓各主者通算全科。

一貫以下，杖七十。

一貫之上至五貫，杖八十。

一十貫，杖九十……

不枉法贓各主者通算，折半科罪。

一貫以下，杖六十。

一貫之上至一十貫，杖七十。

二十貫，杖八十……

「無祿人：

枉法，一百二十貫絞。

不枉法，一百二十貫之上，罪止杖一百，流三千里」。

王夫之噩夢對這種規定曾有批評說：

「贓以滿貫抵重罪，刻法繩人，此所謂一切之法也。抑貪勸廉惟在進人於有恥，畫一以嚴劾之，則吏之不犯者鮮，更無廉恥之可恤而唯思乃爲規避，上吏亦且重以鍛鍊陷人於重罰；而曲爲掩蓋；上愈嚴而下愈匿；情與勢之必然也。且凡所受於下吏部民者，乃至雞梟扇帕，紙墨油炭皆坐價抵贓；繩人於交際之塗；且必開其掠奪之大；焉有出身事主；而可如於陵仲子爭名於一鷄半李之間者乎？既不枉法矣；則何謂之「贓」？其枉法也，則所枉之大小與受贓之多少；孰爲重輕？假令一兵部官濫授一武職，以致激變喪師，或因情面囑託，實所受賄僅得五十貫；令一吏部官濫授一倉巡河泊，其人無大過犯，而得賄二百貫；又令一問刑官，受一誣告者之賄，而故入一人於死，僅得五十貫；其一受誣告者之賄，而故入人於杖，得二百貫；豈可以貫之多少；定罪之重輕乎？則無如不論貫而但論其枉不枉；於枉法之中又分所枉之重輕……

……」。(註三)

這也是宋代曾布的「誅心」之論，很爲有價值；可惜王先生處在明亡天下大亂的時候，所以這樣名貴的思想竟不發生什麼影響！

(註一)唐律疏議卷第二十六雜律上。

(註二)前書卷第四名例律。

(註三)船山遺書三十二。

(申)赦罪當否問題

儒家傳統的理想爲施行「仁政」，赦罪也卽是「仁政」的一端；不過原來的赦罪範圍還小；如那篇從尚書堯典下半分割出來的舜典曾有說：

「眚災肆赦」。

解釋這句話的如：——

朱熹說：「眚災肆赦，言不幸而觸罪者，則肆而赦之，此法外意也」。

丘濬大學衍義補說：「按此萬世言赦罪者之始，夫帝舜之世所謂赦者，蓋因其所犯之罪，或出於過誤，或出於不幸，非其本心固欲爲是事也，而適有如是之罪焉，非特不可以入常刑，則雖流有金贖亦不可也。故直赦之，蓋就一人一事而言耳，非若後世槩爲一札，併凡天下之罪人不問其過誤故犯一切除之也」。（註一）

這即是說凡因過失或不幸而犯罪的纔肆赦；此外如呂刑說：

「五刑之疑有赦，五罰之疑有赦，其審克之」。

孔穎達說：「五刑之疑有赦，赦從罰也；五罰之疑有赦，赦從過也，過則赦之矣」。

蔡沈說：「疑於刑，則質於罰也；疑於罰則質于過而宥免之也」。

丘濬說：「按此所謂有赦者，赦其有疑者耳，非若後世不問有疑無疑一槩蠲除之也」。

（註 ）

這是以「赦」足以救濟法律之窮；又如周易、大象說：

「雷雨作解，君子以赦過宥罪」。

程頤說：「天地解散而成雷雨，故雷雨作而爲解也。赦釋之，宥寬之過失則赦之可也。罪惡而赦之，則非義也故寬之而已。君子觀雷雨作解之象，體其發育，則施恩仁；體其解散，則行寬釋也」。

張子清說：「雷雨交作則爲解，雷者，天之威；雨者，天之澤；威中有澤，刑獄之有赦宥也。有過者赦而不問，有罪者宥而從輕，此君子所以推廣天地之仁心也。

丘濬大學衍義補說：「按雷雨作解，君子以赦過宥罪，蓋言易卦之象如此爾。人君於人之有過者而赦之，有罪者而宥之，亦猶易之有是象也。然過有小大，過失之小者固不必問，若事雖過失而事體所關則大，如失火延燒陵廟，射箭誤中親長之類，其罪有不可失者，原其情則非故也。故因時赦其罪以宥之，宥如流宥五刑之宥也。所謂罪者過失而入於罪者耳。若夫大憝極惡之罪，殺人不死，則死者何辜？攘財不罪，則失者何苦？雷雨作解，豈爲如是之人哉」？（註三）

那部僞造的周官也有說：

「司刺一宥曰不識，再宥曰過失，三宥曰遺忘。一赦曰幼弱，再赦曰老耄，三赦曰蠢愚」。

丘濬說：「按赦有二者之義，程子謂赦釋之宥，惟寬之而已，蓋就其所犯之人品，原其所犯之情實，而赦之宥之也，其與後世所頒之赦異矣」。（註四）

以上所引儒家的經籍都是主張對於某種犯罪人有「不幸」或「過失」等情形而消滅其執行、刑罰權；這種思想可說是最平穩不過的但自春秋、秦、漢以來君主濫作威福；常常不加分別的大赦天下。如登位有赦；死葬有赦；災異有赦；壽慶有赦；誕生有赦；甚至一年裏頭就有好幾次的大赦！這樣差不多將整個司法機關的權能破壞得乾乾淨淨；使善惡不分；社會的秩序擾亂；所以兩千多年來的學者文人都一致反對君主不分靑紅皂白的濫行大赦究竟「大赦」起源於什麼時候呢？

據春秋說：

「莊公二十二年，春王正月，肆大眚」。

啖助說：「肆者，放也眚者，過也」。

胡安國說：「肆眚者，蕩滌瑕垢之稱也。舜典曰：「眚災肆赦」，易於解卦曰：「君子以赦過

宥罪」，呂刑曰「五刑之疑有赦，五罰之疑有赦」，周官「司刺掌赦宥之法」，未聞肆大眚也。大眚皆肆，則廢天討，虧國典；縱有罪，虐無辜，惡人幸以免矣。後世有姑息爲政，數行恩宥，惠姦軌，賊良民，而其弊益滋，蓋流於此。故諸葛孔明曰「治世以大德，不以小惠，其爲政於蜀，軍旅數興，而赦不妄下，斯得春秋之旨矣。肆眚而曰大眚，譏失刑也」。

丘濬說：「按後世大赦天下，其原蓋出於此。夫魯所肆者，一國之中而謂之眚，則其所赦者，過失焉耳；眚而謂之大，意者魯國向有所肆，皆小眚也，今則併其大者而肆之，然於罪惡猶未赦也。聖人書之以垂戒萬世。以此爲始，後世赦文乃至偏赦天下；已發覺未發覺；已結正未結正；罪無大小，咸赦除之。甚至十惡之罪，常赦所不原者，亦或赦焉。惠姦宄，賊良民，怙終得志，善良喑啞，失天討之公，縱人欲之私，皆春秋之罪人也」。（註五）

大概春秋時即有「大赦」，且實行的地方也不只是魯國，那部管子、法法篇即有說：

「民無大過，上毋赦也。上赦小過，則民多重罪，積之所生也。故曰赦出則民不敬，惠行則過日益；惠加赦於民，而囹圄雖實，殺戮雖繁，姦不勝矣。故曰邪莫如蚤禁之，赦過遺善則民不勵，有

又說：

過不赦，有善不遺，勵民之道，於此乎用之矣。

「文有三情，武無一赦；赦者，先易而後難，久而不勝其禍。法者，先難而後易，久而不勝其福。故惠者，人之仇讎也；法者，人之父母也。凡赦者，小利而大害者也；無赦者，小害而大利者也。夫盜賊不勝，則良人危；法禁不立，則姦邪煩；故赦者，奔馬之委轡也」。

馬端臨說「唐、虞三代之所謂赦者，或以其情可矜，或以其事可疑，以其在三赦三宥八議之列，然後赦之，蓋臨時隨事而爲之斟酌，所謂議事以制者也，至後世乃有大赦之法；不問情之淺深，罪之輕重，凡所犯在赦前則殺人者不死，傷人者不刑，盜賊及作姦犯科者不詰；於是遂爲偏枯之物，長姦之門。今觀管仲所言，及史記所載陶朱公救子之事，則知春秋戰國之時已有大赦之法矣」。（註六）

到了秦統一列國之後，大赦的範圍尤極廣泛，爲前古所沒有。據史記、秦始皇本紀說：

「二世皇帝二年冬，陳涉所遣周章等將西至戲，兵數十萬，二世大驚，與羣臣謀曰：「奈何」？

少府章邯曰「盜已至，衆彊，今發近縣不及矣，酈山徒多，請赦之，授兵以擊之」。二世乃大赦天下，使章邯將，擊破周章軍而走，遂殺章曹陽」。

丘濬大學衍義補說：

「按赦之爲言，始見於虞書，然所肆赦者，眚災而已，未嘗泛及於有罪者焉，管子之書雖云赦者小利而大害，然僅行於其國中，未徧及於天下，赦而加之以「大」，始見於史，後世遂以爲故事，一遇國家有變革喜慶之事，則形於王言，頒之天下，不問情之故誤，罪之當否，一切施以曠蕩之恩，嗚呼！是何三代之後，君子常不幸，而小人常多幸哉」！（註七）

漢高祖雖亡秦，且施政一反秦之所爲，但在位十二年，卽大赦九次；文帝在位二十三年，大赦四次；景帝在位十六年，大赦五次；武帝在位五十五年，大赦十八次；昭帝在位十三年，大赦七次；宣帝在位二十五年，大赦十次；直到元帝在位不過僅僅十五年，就大赦十次，所以就引起匡衡上疏諫諍說：

「陛下躬聖德，開太平之路，閔愚民觸法抵禁，比年大赦，使百姓得改行自新，天下幸甚。臣竊見大赦之後，姦邪不爲衰止，今日大赦，明日犯法，相隨入獄，此殆導之未得其務也。蓋保民者，

陳之以德義，示之以好惡，觀其失而利其宜，故勸之而和，綏之而安，今天下俗貪財賤義，好聲色，上侈靡，廉恥之節薄，淫僻之意縱，綱紀失序，疏者踰內，親戚之恩薄，昏姻之黨隆，苟合儌倖，以身設利，不改其原，雖歲赦之，刑猶難使錯而不用也」。（註八）

但他的話是不發生效力的，所以後來的成帝在位二十六年，九次大赦；哀帝在位六年，四次大赦。東漢、光武帝在位三十三年也大赦九次，所以——

『建武二十年，吳漢病篤，車駕親臨，問所欲言，對曰「臣愚無所知識，惟願陛下愼無赦而已」』。（註九）

比較說來，前漢末有過三年而不大赦一次的；後漢則較少；但在末季王符潛夫論還大聲疾呼的說：

『……爲國者必先知民之所苦，禍之所起，然後設之以禁，故姦可塞，國可安矣。今日賊良民之甚者，莫大於數赦，赦贖數則惡人昌而善人傷矣。奚以明之哉？曰孝悌之家，修身愼行，不犯上禁，從生至死，無銖兩罪，數有赦贖，未嘗蒙恩，常反爲禍。何者？正直之士之爲吏也，不避強禦，不辭上官，從事督察，方壞不快，而姦猾之黨又加誣言，皆知赦之不久，則且共橫枉，侵冤誣奏

罪，法令主上，妄行刑辟，高至死徙，下乃淪冤，而被冤之家，乃甫當乞鞫告，故以信直，亦無益於死亡矣。及隱逸行士淑人君子，爲讒佞利口所加誣覆冒，下士冤民能至闕者萬無數人，其得省問者，不過百一，既對，尙書空遣去者復十六七，雖蒙考覆，州郡轉相顧望，留吾其事，春夏待秋冬；秋冬復涉春夏；如此行逢赦者不可勝數。又謹愼之民，用天之道，分地之利，擇莫犯法，謹身節用，積累纖微，以致小過，此言質良，蓋民惟國之基也。輕薄惡子，不道凶民，思彼姦邪，起作盜賊，以財色殺人父母，戮人之子，滅人之門，取人之賄，及貪殘不軌，凶惡弊吏，掠殺不辜，侵冤小民，皆望聖帝當爲誅惡治冤，以解蓄怨；反一門赦之，令惡人高會而夸詑；老少服藏而過門；孝子見讎而不得討；亡主見物而不得取；痛莫甚焉！……夫養稊稗者傷禾稼；惠姦宄者賊良民。書曰：「文王作罰，刑茲無赦」，是故先王之制刑法也，非好傷人肌膚，斷人壽命者也，乃以威姦懲惡除民害也。天下本以民不能相治，故爲主王者以統治之，天下在於奉天威命，共行賞罰，故經稱「天命有德，五服五章，天罰有罪，五刑五用」；詩刺「彼宜有罪，汝反脫之」！古者惟始受命之君，承大亂之極，寇賊姦軌，難爲法禁；故不得不有一赦，與之更新，頤育萬物，以

成大化；非以養姦活罪故縱天賊也夫性惡之民民之豺狼；雖得放宥之澤；終無改悔之心；旦脫重梏，夕還囹圄；嚴明令尹不能使其斷絕何也？凡敢爲大姦者；才必有過於衆；而能自媚於上者也多散誕得之財；奉以諂諛之辭；以轉相驅；非有第五公之廉直；孰不爲顧哉？論者多曰，久不赦則姦軌熾而吏不制，宜數肆眚，以解散之，此未昭亂之本源；不察禍福之所生也」。

（註一〇）

崔寔的政論也有說：

「……大赦之造，乃聖王受命而興，討亂除殘，誅其鯨鯢，赦其臣民，漸染化者耳。及戰國之時，犯罪者輒亡奔鄰國，遂赦之誘還其逋逃之民。漢承秦制，遵而不越，孝文皇帝即位二十三年乃赦示不廢舊章而已；近永平、建初之際，亦六、七年乃壹赦，命子皆老於草野，窮困懲艾，比之於死；頃間以來，歲且壹赦，百姓忸狃，輕爲奸非；每迫春節，徼倖之會；特罪尤多，近前一年之中，大小四赦，諺曰「一歲再赦，奴兒喑啞」，況不軌之民，孰不肆意；遂以赦爲常俗；初期望之；過期不至，亡命蓄積；羣輩屯聚；爲朝廷憂；如是則劫不得不赦；赦以趣姦；姦以趣赦；轉相驅；踧兩

不得息；雖日赦之；亂甫繁耳由坐飲多發消渴，而水更不得去口，其歸亦無終矣。又踐祚改元際未嘗不赦，每其令曰蕩滌舊惡，將與士大夫更始，是裒己薄先，且違無改之意，非所以明孝抑邪之道也。昔管子有云：「赦者，奔馬之委轡；不赦者，痤疽之砭石」，及匡衡、吳漢將相之雋，而皆建言不當數赦令，如欲尊先王之制，宜曠然更下大赦令，因明諭使知永不復赦，則羣下震慄，莫輕犯罪，縱不能然，宜十歲以上乃時壹赦」。（註一一）

荀悅也說：

「夫赦者，權時之宜，非常典也。漢興承秦兵革之後，比屋可刑，故設三章之法，大赦之令，蕩滌穢流，與民更始，時勢然也。後世承業，襲而不革，失時宜矣。惠文之世，無所赦之；若孝景之時，七國皆亂，異心並起，姦詐非一，及武帝末年，賦役繁興，羣盜並起，加以巫蠱之禍，天下紛然，百姓無聊，及光武之際，撥亂之後，如此之比，宜爲赦矣」。

丘濬說：「按當承平之世，赦不可有，有則姦宄得志而良民不安；當危疑之時，赦不可無，無則反側不安而禍亂不解；荀氏謂赦爲權時之宜，而後世乃以之爲常典，何哉」？（註一二）

三國時諸葛亮治蜀十四年只大赦過兩次，但後來到了蔣琬、董允、費禕執政，差不多年年大赦，所以三國志蜀志孟光傳記後主延熙六年立后大赦，孟光責備費禕的話說：

「夫赦者，偏枯之物，非明世所宜有也，衰敝窮極必不得已然後乃可權而行之耳。今主上仁賢，百僚稱職，何有旦夕之危，倒懸之急而數施非常之恩，以惠姦軌之惡乎？又鷹隼始擊，而更原有有罪，上犯天時，下違人理，老夫耄朽，不達治體，竊謂斯法難以經久，豈具瞻之高美，所望於明德哉」？

胡寅說：「赦之無益於治道也，前賢言之多矣，而終不能革，至按以常典而行之，於其間有吉慶克捷祥瑞祈禱之事，則又頒焉，不信二帝三王之法，而循後世之制，是何也？始受命則赦，改年號則赦，立皇后則赦，建太子則赦，生皇孫則赦，平叛亂則赦，開境土則赦，遇災異則赦，有疾病則赦，郊祀天地則赦，行大典禮則赦，或三年一赦，故比歲一赦，或一歲再赦，三赦，赦令之下也，有罪者除之，有負者蠲之，有滯者通之；或得以蔭補子孫，或得以封爵祖考，如是而已矣。明哲之君則赦希而實，昏亂之世則赦數而文，希者，尚按故事而不

盡去也數者，則意在邀福而歸諸己也；實者，有罪必除，有負必蠲也；文者雖有是言而人不被其澤也」。

丘濬說：「按赦之爲言，釋其罪之謂也；後世之赦，乃以蠲逋負，舉隱逸，蔭子孫，封祖考，甚至立法制，行禁令，皆於赦令行焉，失古人眚災肆赦，赦過宥罪之意矣。臣愚以爲赦令之頒，宥罪之外，蠲逋減税，省刑，已責弛工，罷役，寬征，招亡，凡寬民惠下之道，因赦而行可也，非此屬也一切付之有司行焉。凡夫赦文之初作，條件之初擬也，必須會集執政大臣，各擬所司合行條貫，從公計議，必於律例無礙，必於事體無違，必於人情不拂，斷然必可行，的然必無弊，如蠲逋也，其物必可除，後決不至於復追；如寬征也，其事必可已，後決不至於再作，其文意必不至解而兩通，其前後必不至言而相戾。既處置其事宜，復講解其文理，明白切當，然後著於赦文，行於天下，則上之所頒者無虛文，下之所沾者皆實惠矣」。

（註一三）

南朝宋武帝永初二年祀南郊，大赦，

裴子野說：「郊祀天地，脩歲事也，赦彼有罪，夫何爲哉」？（註一四）

北朝後周宣帝在位，德政不修，數行赦宥，所以京兆丞樂運上疏說：

「臣按周官曰：國君之過市，刑人赦，此謂市者交利之所，君子無故不遊觀焉，若遊觀則施惠以悅之也。尚書曰：眚災肆赦，此謂過誤爲害，罪雖大當緩刑之。呂刑云：五刑之疑有赦，此謂刑疑從罰，罰疑從免。論語曰：赦小過，舉賢才。謹尋經典，未有罪無輕重，溥天大赦之文，逮茲末葉，不師古始，無益於治，未可則之，故管仲曰：有赦者奔馬之委轡，不赦者痤疽之礪石，豈可數施非常之恩，以肆姦宄之惡乎」？（註一五）

但周宣帝仍不能採納，結果是「民輕犯法，乃作刑經聖制，用法太深，民不堪命，嗣位未及再期，身死國亂，子孫遂爲外氏所滅，豈非數行赦宥者之炯戒哉」？（用盧野德林氏語）隋、唐統一南北，唐太宗親錄囚徒，約期來歸，卽赦其罪，宋歐陽修曾作縱囚論說：

「信義行於君子，而刑戮施於小人，刑入於死者，乃罪大惡極，此又小人之尤甚者也。……太宗施德於天下，於茲六年矣，不能使小人不爲極惡大罪，而一日之恩，能使視死如歸而存信

義，此又不通之論也。然則何爲而可？曰：縱而來歸，殺之無赦。而又縱之而又來，則可知爲恩德之致耳，然此必無之事也。若夫縱而來歸而赦之可偶。一爲之耳。若屢爲之，則殺人者皆不死；是可爲天下之常法乎？不可爲常者，其聖人之法乎？是以堯、舜三王之治，必本於人情，不立異以爲高，不逆情以干譽……」

但唐太宗畢竟是一位英主，所以對「大赦」特別愼重，他嘗對侍臣說：

「古言赦者小人之幸，君子之不幸。一歲再赦，善人喑啞。昔文王作罰，刑茲無赦；小仁者，大仁之賊；故我有天下以來，不甚放赦。今四海安靜，禮義興行，數赦則愚人常冀僥倖，惟欲犯法，不能改過。當須愼赦」。（註一六）

不惟太宗如此，他的皇后長孫氏在「疾篤」的時候，「太子欲請大赦，汎度道人，祓塞災會，后曰：

「死生有命，非人力所支，若修福可延，吾不爲惡；使善无效，我尙何求？且赦令國之大事，不可數下。道釋異端之教，蠹國病民，皆上素所不爲，奈何以吾一婦人亂天下法乎？」

太子不敢奏，以告房玄齡，玄齡以聞，帝嗟美，而羣臣請遂赦，帝旣許，后固爭乃止」。（註一七）這眞是一

對竇侃儼按唐律有關於「大赦」的規定如闘訟律說：

「諸以赦前事相告者，以其罪罪之；官司受而爲理者，以故入人罪論，事死者各加役流。若事須追究者，不用此律（追究謂婚姻良賤赦限外蔽匿應改正徵收及追見贓之類。）」

此外還有——

「凡赦前斷罪不當者，若處輕爲重者，宜改從輕；處重爲輕者，即依輕法。其爲常赦之所不免者，則依常律；即赦書定罪名，合從輕者，又引律比附不得入重，違者各以故失論。

「凡聞知有恩赦而故犯，及犯惡逆，或部曲奴婢毆主及謀殺，或強姦者皆不得以赦原之；即殺小功尊屬從父兄姊及謀反大逆者，身雖會赦，猶流二千里。」

後來的宋刑統併同唐律，大明律也摹倣其規定。宣宗大中元年以旱故命同平章事盧商與御史中丞封敖疏理京城係囚，大理卿馬植奏稱：

「盧商等務行寬宥，凡抵極法者一切免死，彼官典犯贓及故殺，平日大赦所不免，今因疏理而原之，使貪吏無所懲畏，死者含冤無告，恐非所以消旱災致和氣也。昔周飢克殷而年豐，衞

旱討邢而雨降，是則誅罪錄舋，或合天意；雪冤決滯，乃副聖心也」。（註一八）

五代晉高祖即位，屢赦天下，左散騎常侍張允在天福三年二月進駁赦論說：

「臣聞管子曰「赦者小利而大害，久則不勝其禍；不赦者，小害而大利，久則不勝其福」。又漢紀云「吳漢病篤，帝問所欲言，對曰：願陛下無爲赦耳」。竊觀自古帝王皆以水旱則降德音，而宥過開狴牢，而放囚冀天心以救其災者非也。假有二人訟，一人有罪，一人無罪，有罪者見赦則無罪者銜冤，銜冤者何疏乎？見赦何親乎？如是則是致災之道，非救災之術也。至使小民遇天災則喜，皆勸爲惡，曰國家好行赦，必赦我，以救災，如此則赦者教民爲惡也。且天道福善禍淫，若以赦爲惡之人而變災爲福，是則天助惡民也。故曰天降之災，所以警誡人主，豈以濡捨有罪而能救其災乎？是知赦不可行者也明矣」（註一九）

宋承五代極亂之後，赦令極煩，除大赦外，每三年必冬至郊舉祭，而下恩宥之令，這種有定期的大赦。是漢唐所無。大學衍義補說：

「宋自祖宗以來三歲遇郊則赦，此常制也。世謂三歲一赦，於古無有。景祐中言者，以爲三王

歲祀圜丘，未嘗輒赦，自唐兵興以後，事天之禮不常行，因有大赦以蕩亂獄，且有罪者宥之，未必自新，被害者抑之，未必無怨；不能自新，將復爲惡；不能無怨，將悔爲善；一赦而使民悔善長惡；政教之大患也。」

丘濬也說：

「按人君爲天之子，奉天之祀，則當體天之心，以惠天之民，天之民不得已而誤入於罪，赦之可也；不幸而爲人所害焉，爲天子者不能恭行天討，使天之民冤苦莫伸，豈天意所欲哉！蓋赦之初設爲眚災也，後世相承既久，不能復古，然曠蕩之恩，如雷雨之施不時而作，使人莫可測知，可也；宋人爲之常制，而有定時，則人可揣摩以需其期，非獨刑法不足以致人懼，而赦令亦不足以致人感也。」（註二〇）

洪邁容齋三筆有說：

「熙寧七年旱，神宗欲降赦，時已兩赦矣，王安石曰：「湯旱以六事自責曰政不節與，若一歲三赦，是政不節，非所以弭災也」，乃止。安石平生持論務與衆異，獨此說爲至公。近者六年之

閒再行覃霈，婺州富人盧助教以刻核起家，因至田僕之居，爲僕父子四人所執，投實杵臼內搗碎其軀爲肉泥，既鞫治成獄，而遇己酉赦獲免，至復登盧氏之門笑侮之曰：「助教何不下莊收穀」？茲事可爲寃憤，而州郡失於奏論，紹熙甲寅歲至於四赦，凶盜殺人一切不死，惠姦長惡，何補於治哉」？（註二一）

元代反對君主肆赦的如趙天麟曾上策說：

「赦者，欲以蕩滌瑕穢，與民更始，以負罪者言之，則爲莫大之深恩；以政治者論之，則非太平之常事也。近世以來，郊天祀宗，建儲立后，未有不肆赦者，僥倖之子，逆知期會，能不啓非濫之心哉？養稂莠於良田，縱豺狼於當道，獨不念害嘉穀而傷平民乎？況大赦之後，奸邪未嘗衰止，朝脫囹圄，夕攖縲紲，其不能承化自新，亦已明矣。天當罪而宥之，當殺而生之，亦猶來暄風於霜雪之辰，行春令於秋冬之際，如此而欲天道之成，臣不知其可也」。

蘇天爵也曾上疏說：

「自昔國家務明刑政，苟或赦宥之數行，必致紀綱之多紊；是以先王既興禮樂以教民，又嚴

法制以懲惡也。……自近歲以來，赦宥太數，誠恐奸人貪吏各懷僥倖，大爲奸利，非國之福也。夫以世祖皇帝在位三十五年，肆赦者八，近自天歷改元至元統初年六年之中，赦宥者九。蓋赦。。。。。恩宣澤雖出於朝廷之美意；然長奸惠惡，誠爲政所當愼也。伏願至今以始，近法世祖皇帝之所行，遠鑑唐太宗之所言，使中外臣民洗心革慮，守法奉公，知非常之恩不可復覬。……」（註二二）

說得更爲聳動聽聞的還要推陳天祥，據元史本傳說：「山東西道廉訪使陳天祥奏：

「盜賊之起，各有所因，除歲凶委之天時，姑且勿論；他如軍旅不息，工役浩興，厚斂繁刑，皆足致盜；中間保護滋長之者，赦令是也。赦者，小人之幸，君子之不幸，前人言之備矣。役強梁之徒，各執兵仗殺人取貨，不顧其生，有司盡力以禽之，朝廷加恩以釋之，旦脫縲囚，暮卽行劫，復勸有司結限追捕，賊皆視爲故常，旣不感恩，又不畏罪，兇殘悖逆習與性成，誠非善化能移，惟有嚴刑可制」」。

明代赦罪情形如續文獻通考所說：

「明制凡有大慶及災荒皆赦，然有常赦，有不赦，有特赦。十惡及故犯者，不赦；律文曰赦出臨時定罪名特免或降減從輕者不在此限……」

無刑錄引劉基的話說：

「刑，威令也，其法至于殺，而生人之道存焉；赦，德令也；其意在乎生，而殺人之道存焉書曰：刑期于無刑，又曰：眚災肆赦，此先王之心也。是故刑期于使民畏刑有必行，民知犯之之必死也；則死者鮮矣。赦者，所以矜蠢愚宥過誤；知罪不避而輒原焉；是啓僥倖之心而教人犯也。至於禍稔惡積，不得已而誅之，是以恩爲穽也」。（註二三）

由以前看來，從管子到劉基幾千年來，不論是春秋戰國的法家或漢代以後的儒徒，對「大赦」都認爲是有百害而無一利的惡制，但事實上則反對自反對，歷朝君主仍濫行大赦在明朝以後，如清朝的嘉慶會典仍有規定說：

「恭遇國家慶行大典時，則頒詔肆赦。其例款各有輕重，除徒杖以下概行免罪外，其斬絞軍流之情輕人犯，有竟予赦免者，有量予減等者，各視詔書所載謹遵辦理」。（註二四）

這樣，有很長久歷史的「非赦說」在法律的實際上竟不發生影響。

(註一)大學衍義補卷之一百九，愼眚災之赦第六頁。
(註二)前書第七頁。
(註三)參看前書第五、六兩頁。
(註四)前書第七頁。
(註五)前書第七、八兩頁。
(註六)前書第八、九兩頁。
(註七)前書第九頁。
(註八)前書第九、十兩頁。
(註九)前書第十頁。
(註一〇)潛夫論述赦第十六。
(註一一)政論，據上海涵芬樓影印日本天明七年刊本魏徵撰羣書治要所引。
(註一二)大學衍義補卷之一百九第十二頁。
(註一三)前書第十三頁。
(註一四)前書第十四、十五兩頁。

(註一五)無刑錄卷九教宥，譯註本第四七〇至四七二頁。

(註一六)大學衍義補卷之一百九第十五頁。

(註一七)無刑錄卷九第四七三、四七四兩頁。

(註一八)大學衍義補卷之一百九第十五頁。

(註一九)五代會要卷九論赦宥。

(註二〇)大學衍義補卷之一百九第十七頁。

(註二一)容齋三筆卷十六多赦長惡條。

(註二二)參看拙作中國法律發達史下册第二十四章第七百四十二、三兩頁。

(註二三)無刑錄卷九，譯註本第五二七頁。

(註二四)嘉慶會典卷四十三刑部。

(乙)民法方面

以前所述差不多全爲中國自殷、周以至清朝歷代關於刑法或訴訟手續方面的思想。至於有關私人間的一切交涉事務的民法方面的思想則全付闕如。以中國上下幾千年長久的歷史和幾百種的成文法典而論，公法典佔絕大的部分，純粹的私法典簡直尋找不出一部；在現時應該算是

私法典規定的事項也包含在這些公法典裏面，從來沒有以爲是特種法典而獨立編纂的；並且這些公法典裏的私法的規定也是很爲鮮少，如親族法的婚姻、離婚、養子、承繼，物權法的所有權、質權，和債權法的買賣、借貸、受寄財物等事也不過只規定個大綱而已，簡略已極！所以我們中國人幾千年來講到法律，便聯想到刑罰，以爲「刑卽法，法卽刑」，「法律」與「刑罰」幾乎是「同物而異名」，我們祇知道用刑罰來科處犯法的人；卻沒有想到法律也可用來處理私人的一切交涉事務。我們民法思想的不進步，不發達的原因大槪可以歸納爲以下幾端：

第一、民法的發生較晚。　中國古代是原始的共產社會，私有財產制度還未確立，婚姻在商代還是有多父多母的現象，所以民事方面的訴訟大槪很少，所有的都是刑事訴訟，此外就是在別的國家，也是刑法較民法先爲發達；不過中國還有以下幾種的特殊原因，就使民法的進步異常緩慢。

第二、專制政體的漠視私益。　中國幾千年都是專制政體，所以把錢田戶婚這一類涉及私人間關係的事件看做是很細微不屑在法律條文裏頭詳細規定此等事件大都由初審衙門

就可判決至如人命強盜等大案有時要驚動皇帝和大臣，可知自古以來是怎樣的重視刑事案件而輕視民事案件。

第三、儒家重義輕利學說的流弊　儒家裏以孟子最排斥功利主義，試看梁惠王章記載——

「孟子見梁惠王，王曰：「叟不遠千里而來，亦將有以利吾國乎？」孟子對曰：「王何必曰利？亦有仁義而已矣。王曰何以利吾國？大夫曰何以利吾家？士庶人曰何以利吾身？上下交征利而國危矣……」

宋牼章又有說：

「爲人臣者懷利以事其君；爲人子者懷利以事其父；爲人弟者懷利以事其兄；是君臣父子兄弟終去仁義懷利以相接；然而不亡者未之有也！……」

這樣的詛咒功利，到了漢武帝時主動「罷黜百家，表彰六經」的董仲舒便變本加厲的在身之養重於義篇說：

「仁人者，正其道，不謀其利；修其理，不急其功（漢書本傳作「正其誼，不謀其利；明其道；

不計其功」）……」

此說的流弊造成我國幾千年來「僞善」的國民性；而民法的根據卻大部分以「權利思想」爲根據試看歐美各國一方面既以憲法保障人權；一方面又有詳細周密的民法以保障私人間的利益；中國自前漢起儒家學說即成爲社會上絕大的勢力；以私人利益爲惟一前提的民法思想自然被遏制不得發展民法所以無進步；其原因也就在此

因有上述的三種原因，所以本書雖專以敍述整個的中國法律思想爲職志，但因民法思想史料缺乏的原故，現只能就親族法裏的「婚姻」「別籍異財」「親子關係」等問題列舉歷代學者文人的意見，以考察其對於當時或後代的法律規定有無影響，現先述——

（子）婚姻問題

儒家對婚姻的根本觀念可拿易經程傳的話做代表，如說：

「天地萬物之本夫婦人倫之始，所以上經首乾坤下經首咸繼以恆也，天地二物，故兩卦分爲天地之義，男女交合而成夫婦，故咸與恆皆二體合爲夫婦之義」。

這即是以男女意思投合，爲終身結合，以構成家族制度的基礎。現就婚姻成立的要件說明如下：

（一）實質上的要件

（a）達於適婚的年齡

結婚時的年齡過早是有很大流弊的，前漢書王吉傳記他在漢宣帝時上書有說：

「……世俗嫁娶太早未知爲人父母之道而有子；是以教化不明而多夭」

在前漢即有人注意到這個關於國民全體的根本問題；不可不說是有遠見但兩千多年以來我國的早婚問題何嘗在事實上得了適當的解決？考通典有說：

「太古男五十而娶，女三十而嫁；中古男三十而有室，女二十而嫁」。

這恐怕不是歷史的事實；祇爲個人的理想罷了。此外如：

墨子節用篇上說：「昔者聖王爲法曰：「丈夫二十，毋敢不處家；女子年十五，毋敢不事人，此聖王之法也。」」

國語越語說：「命壯者無取老婦，令老者無取壯妻，女子十七不嫁，其父母有罪；丈夫二十不娶，

其父母有罪』。

至於儒家的典籍如：

禮記曲禮說：『男子二十而冠，……三十曰壯有室』。

內則說：『二十而冠，……三十而有室，始理男事。……十有五年而笄，二十而嫁。……』

僞書如：

周禮地官媒氏說：『令男三十而娶，女二十而嫁』。

尚書大傳說：『男三十而娶，女二十而嫁，通於織紝紡績之事，黼黻文章之美。不若是，則上無以孝於舅姑而下無以事夫養子』。

孔子家語本命篇說：『公（魯哀公）曰：「男子十六精通，女子十四而化，是則可以生民矣；而禮男子三十而有室，女子二十而有夫也，豈不晚哉」？孔子曰「夫禮，言其極也，不是過也。男子二十而冠，有爲人父之端；女子十五許嫁，有適人之道。……」』

又如穀梁傳文公十二年也有說：

「男子二十而冠，冠而列丈夫，三十而娶；女子十五而許嫁，二十而嫁」。

是儒家理想的結婚年齡男爲三十，女爲二十，班固所撰白虎通嫁娶篇對此原理有兩種解釋：

迷信的理由 「男三十而娶，女二十而嫁，陽數奇，陰數偶，男長女者，陽舒陰促，……合爲五十，應大衍元數」。又說：「元氣起於子，子人所生也，男左行三十，女右行二十，俱立於已，爲夫婦」。（按十二支的「子」爲萬物之始。）

生理的理由 「男三十，筋骨堅強，任爲人父；女二十，肌膚充盛，任爲人母」。

按迷信的理由不能成立；生理發育的遲早又和一國的地理氣候有關係；所以不能「一概而論」惟近代的國家因學校制度的時間的延長和徵兵制度的施行與及謀生的困難似乎儒家「男三十」「女二十」方始結婚的理想已成爲普遍的趨勢。

（b）當事者的同意

儒家對婚姻的成立頗重視男女意思的表示如易經彖下傳說：

「柔上而剛下，二氣感應以相與止而說，男下女，是以利貞取女吉也」。

程傳說：

「咸之爲卦，兌上艮下，少女少男也，男女相感之深，莫如少者，故二少爲咸也。艮體篤實，止爲誠慤之義，男志篤實，以下交；女心說而上應，男感之先也，男先以誠感，則女說而應」

又須得父母的承諾與媒妁的介紹如班固白虎通嫁娶篇有說：

「人道所以有嫁娶何？以爲情性之大，莫若男女；男女之交，人情之始，莫若夫婦。……男不自專娶，女不自專嫁，必由父母，須媒妁，何？遠恥防淫佚也」

這種思想在後來的法條如唐律、大明律裏的戶婚律便用明文規定婚姻必須有主婚人。

（二）形式上的要件

婚姻爲要式的行爲，所以禮記昏義即有納采、問名、納吉、納徵、請期、親迎等「六禮」，這樣實行起來，雖很繁重，但非有相當的形式，夫妻的名分就不能定，所以禮記內則又有說：

「聘曰妻，奔曰妾，六禮不備，謂之奔」。

王符潛夫論對東漢時婚姻制度的紊亂，主張以法律制裁，如說：

「……先王因人情喜怒之所能已者，則爲之立禮制而崇德讓；人所可已者，則爲之設法禁而明賞罰，令市賈勿相欺，婚姻無相詐，非人情之不能者也。是故不若立義順法，遏絕其源，初雖慚恨於一人，然其終也長利於萬世，小懲而大戒，此所以全小而濟頑凶也。夫立法之大要，必令善人勸其德樂其政，邪人痛其禍而悔其行。諸一女許數家，雖生十子，更百赦，勿令得蒙一還私家，則此姦絕矣。不則髡其夫妻，徙千里外劇縣，乃可以毒其心而絕其後。姦亂絕則太平興矣。……」（註一）

到了晉時，即痛感婚姻有法定「形式要件」的必要，所以晉書刑法志所述晉新律——

「崇嫁娶之要，以下聘爲正，不治私約，峻禮教之防」

葛洪抱朴子也想拿嚴密的手續來防止婚姻的糾葛，如說：

「姑子劉君士由之論曰：「……末世輕慢，傷化敗俗，舉不修義，許而弗與，訟閱穢辱，煩塞官曹，今可使諸爭婚者，未及同牢，皆聽義絕，而倍還酒禮，歸其幣帛；其嘗已再離者，一倍裨娉；其

三絕者，再倍裨娉；如此離者不生訟心，貪容者無利重受，乃王治之要術，不易之永法也」。

「抱朴子答曰「……夫婚嫦之結，義無逼迫；彼則簡擇而求，此則可意乃許；輕諾後悔；罪在女氏。食言棄信，與奪任情，嚴防禁止，未之能彌，令猥恣之，雖貴裨娉倍貧者所憚也；豈於財者則適其願矣。後所許者，或能富殖；助其裨娉；必所甘心；然則先家拱默，不得有言，原情論之；能無怨歎乎？……夫買物於市者，或加價而奪之，則尠忍而不忿然矣，況乎見奪待告之妻哉？此法遂用者，將使結婚者雖納敬親迎，猶抱有見奪之慮，何者？劉君之論以同牢爲斷固也，爾則女氏雖受幣，積年恆挾在意之威；恃可數奪；必惰於擇壻；壻小不得意，便得改悔；結釁速禍；莫此之甚矣……儻令女有國色，傾城絕倫，而位豪右權臣之徒，目玩冶容，心忘禮度，貲累千金，情無所吝，十倍還娉；猶所不憚；況但一乎？華氏不難於殺孔父而取其妻，楚人爲子迎婦以其美而自納之，以此論之，豈惜傾竭屋產；以助女氏還前家之直哉？小人輕薄，睚眦成怨，又喜委衰逐盛，蹋冷趨熱，此法之行；則必寡奪貧賤而與富貴者矣；不審吾君何方以防弊乎？或曰：可使女氏受娉禮無豐約；皆以即日報板後；皆使時人署姓名於別板；必十人以上；以備遠行及

死亡；又令女之父兄若伯叔答壻家書必手書一紙；若有變悔而證據明者；女氏父母兄弟皆加刑罰；如此庶於無刑者乎？……」（註二）

由這文看來，當時有資產的人很爲放肆胡爲；所以葛洪纔提出這樣買賣人口式的定婚辦法後來如唐律戶婚律就有規定說：

「諸許嫁女已報「婚書」及有私約（約謂先知夫身老幼疾殘養庶之類）而輒悔者，杖六十。（男家自悔者，不坐，不追聘財。）

「雖無許婚之書，但受聘財亦是。（聘財無多少之限，非以財物爲酒食者，亦同聘財。）」

（註三）

大明律戶律婚姻也有規定說：

「凡男女定婚之初，若有殘疾老幼庶出過房乞養者，務要兩家明白通知，各從所願，寫立婚書；依禮聘嫁」。（註四）

是唐明律都以「婚書」爲婚姻成立的形式要件；不過不像葛洪所議擬的那樣繁重而且不大體

面。

中國歷代法典對婚姻有種種的限制，最顯著而且成爲問題的如「近親不得爲婚」在唐律戶婚律所規定的如下：

「……其父母之姑舅兩姨姊妹及姨，若堂姨母之姑，堂姑，己之堂姨及再從姨堂，外甥女，女壻姊妹並不得爲婚姻，違者各杖一百，並離之」。(註五)

宋刑統戶婚律並同，洪邁容齋續筆便主張中表兄弟姊妹可以結婚說：

「姑舅兄弟爲婚在禮法不禁而世俗不曉；按刑統戶婚律云「父母之姑舅兩姨姊妹及姨若堂姨母之姑，堂姑，己之堂姨及再從姨堂外甥女女壻姊妹，並不得爲婚姻」議曰「父母姑舅兩姨姊妹於身無服，乃是父母緦麻，據身是尊，故不合娶；及姨又是父母大姑尊，若堂姨雖於父母無服，亦是尊屬，母之姑堂姑，並是母之小功以上尊，己之堂姨及再從堂姨外甥女亦謂堂姊妹所生者，女壻姊妹於身雖並無服，據理不可爲婚，並爲尊卑混亂，人倫失序之故，然則中表兄弟姊妹正是一等；其於婚娶了無所妨予記政和八年知漢陽軍王大夫申明此項

敕局看詳，以爲如表叔取表姪女從甥女嫁從舅之屬甚爲明白，徽州法司編類續降有全文，今州縣官書判至有將姑舅兄弟成婚而斷離之者；皆失於不能細讀律令也。惟西魏文帝禁中外及從母兄弟姊妹爲婚。周武帝又詔不得娶母同姓以爲妻妾，宣帝詔母族絕服外者聽婚，皆偏閏之制；漫附於此」。(註六)

在事實上，據袁采世範說宋代「連姻多主因親及親之說；以示不相忘」。而鼎鼎大名的蘇洵就以女嫁其內兄程濬的兒子之才，其女作詩有「鄉人嫁娶重母黨」的句子；呂榮公夫人張氏即侍制張昷之女，侍制夫人即榮公母申國夫人之妹，是姨表兄弟姊妹也可結婚，那麼「各杖一百」的話，大概是「刑不上大夫」吧；可見宋刑統的戶婚律關於此項的規定已成爲具文。到了明朝，據明史說：「朱善，……洪武初爲南昌教授，八年廷對第一，……召爲翰林待詔，上疏論婚姻律曰：「民間姑舅及兩姨子女，法不得爲婚，讎家詆訟；或已聘見絕，或既婚復離，甚至兒女成行，有司逼奪。按舊律尊長卑幼相與爲婚者有禁，蓋謂母之姊妹與己之身是爲姑舅兩姨，不可以卑幼上匹尊屬，若姑舅兩姨子女無尊卑之嫌；成周時王朝相與爲婚者，不過齊、宋、陳、杞，故稱

異姓，大國曰伯舅，小國曰叔舅，列國齊、宋、魯、秦、晉亦各自爲甥舅之國，後世晉王謝，唐崔、盧、潘、楊之睦，朱張之好，皆世爲婚媾，溫嶠以舅子娶姑女，呂榮公夫人張氏卽其母申國夫人姊女，古人如此甚多，願下羣臣議弛其禁」。帝許之……」（註七）是明朝禁止「近親結婚」頗爲嚴厲；惟旣有學者的非難而習慣的勢力又「根深蒂固」所以大明律這項的規定大概也祇可以和宋刑統的價值「等量齊觀」罷了。此外的限制如「同姓不得爲婚」這事起源很早，王國維先生殷周制度論說：

「……周人制度之大異於商者……三曰同姓不婚之制……

「男女之別，周亦較前代爲嚴，男子稱「氏」，女子稱「姓」，此周之通制也。上古女子無稱姓者，有之惟一姜嫄，姜嫄者周之妣，而其名出於周人之口者也。傳言黃帝之子爲十二姓，祝融之後爲八姓，又言虞爲姚姓，夏爲姒姓，商爲子姓，凡此紀錄，皆出周世。據殷人文字，則帝王之妣與母皆以日名，與先王同；諸侯以下之妣亦然；雖不敢謂殷以前無女姓之制；然女子不以姓稱固事實也。而周則大姜、大任、大姒、邑姜皆以姓著；自是訖於春秋之末無不稱姓之女。

子。：大傳曰「四世而緦，服之窮也；五世袒免，殺同姓也；六世親屬竭矣。其庶姓別於上，而戚單於下，婚姻可以通乎」？又曰：「繫之以姓而弗別，綴之以食而弗殊，雖百世而婚姻不通者，周道然也。」然則商人六世以後，或可通婚，而同姓不婚之制，實自周始；女子稱姓，亦自周人始矣。……」（註八）

趙翼陔餘叢考也有說：

「史記帝堯與舜皆黃帝之後，計其世數，則堯之女，於舜爲曾祖姑，而以配之，其時雖未有同姓不婚之制，然亦或遂古之傳訛，未可盡信也。同姓爲婚，莫如春秋時最多；論語魯昭公娶於吳同姓，謂之吳孟子。左傳慶舍以女妻盧蒲癸，或曰：「男女辨姓，子不避宗，何也？」癸曰：「宗不余避，余獨焉避之？」此皆春秋時亂俗。漢以後此事漸少，白孔六帖魏司空王基，當世大儒，而爲子納司空王沉女，以姓同而源異也。晉書劉聰欲納太保劉殷女，以問劉景等，皆曰太保乃周劉康公之後，與聖氏本源既殊，遂納之。北魏本無同姓爲婚之禁，孝文帝詔曰：「夏、殷不嫌一姓之婚，周世始絕同姓之娶；皇運初基，未遑釐改，自今悉行禁絕，有犯者，以不道論。」

……」

到了唐代，唐律戶婚律就有規定說：

「諸同姓爲婚者，各徒二年。……」

後來的大明律戶律婚姻也有規定說：

「凡同姓爲婚姻者，各杖六十，離異」。

考歷代所以嚴禁「同姓結婚」的原故有三：

禮教的理由　儒家的經典如春秋傳有說：「不娶同姓者；重人倫；防淫佚，與禽獸同也」。禮記郊特牲說「取於異姓，所以附遠厚別也」。坊記說：「取妻不取同姓，以厚別也」。但說得較詳細的還是要推班固白虎通姓名篇的話說：

「人所以有姓者何？所以崇恩愛，厚親親，遠禽獸；別婚姻也。故紀世別類，使生相愛，死相哀，同姓不得相娶；重人倫也」

遺傳的理由　左傳昭公元年「公孫僑曰「僑聞之，內官不及同姓，其生不殖；美先盡矣，則

相生疾，君子是以惡之，故志曰：買妾不知其姓則卜之，違此二者，古之所愼也。男女辨姓；禮之大同也」」又同書僖公二十三年「鄭叔詹曰：「男女同姓；其生不蕃」」國語晉語說：「同姓不婚；懼不殖也」」班固白虎通嫁娶篇說：

「不娶同姓者，何法？法五行，異類乃相生」

又說：

「不娶兩姓何？傳異氣也。娶三國女何？廣異類也，恐一國血脈相似；俱無子也」

這眞是言之過甚；趨於極端的話。

禁忌的理由 國語記載「司空季子曰：「……異姓則異德，異德則異類，異類雖近，男女相及以生民也。同姓則同德，同德則同心，同心則同志，同志雖遠，男女不相及；畏黷散也。黷則生怨；怨亂毓災；災毓滅性；是故取妻避其同姓；畏災亂也。」」

以上的理由除第「禁忌」涉於「迷信」而外，「禮教」和「遺傳」都是很有道理，所以世界各國無論古今都以同宗爲大戒；但在中國自戰國以後姓氏混亂；雖屬同姓而未必同宗的很多；若一

概禁止同姓的結婚；是沒有充分的理由。沈家本刪除同姓爲婚律一文說：

「……自姓氏不分；於是有氏同而姓本不同者。如同一王氏也，琅邪、太原二望同出周靈王太子，晉京兆一望出魏信陵君，皆姬姓；王莽自云舜後則爲嬀姓。同一孔氏也，孔子子姓而鄭孔叔姬姓，陳孔寧嬀姓，衞孔達姞姓。同一顏氏也，郳、顏之裔曹姓，而魯之顏氏則爲姬姓，後來金之完顏，去完爲顏，則又非古之顏氏。凡此之類；其氏雖同；而其祖不同；謂之同姓；名實殊乖。新莽以姚、嬀、陳、田、王五姓爲宗室，且禁元城勿與四姓爲婚，而已取王訢之女；魏東萊王基爲子納太原王沈女，皆不以爲嫌，蓋知此也。」

「且自元魏改代北之姓凡三字、二字者並爲一字，遂與中原古姓相亂。明洪武時禁用胡姓：呼延爲呼，乞伏爲乞，由是中國自有之複姓如公孫、叔孫、士孫、王孫之類亦去一字而爲孫；公羊、公沙、公乘之類亦去一字而爲公；毋邱、毋將之類亦去一字而爲毋；司徒、司空之類亦去一字而爲司；其本姓遂亡；此其中間尚有改之未盡者（如司徒今尚有其姓）視其本宗；轉同異姓；氏族之紊莫甚於此。他如奚之爲嵇，邾之爲倪，棘之爲棗，以避仇難而改，莊之爲嚴，慶之

爲賀，以避國諱而改氏之爲是，以避嘲而改更有異姓爲後；如魏陳矯本劉氏子，出嗣舅氏，與朱然本姓施，以姊子爲朱後，以及漢、唐之賜姓，五季之義兒，若此之類所關者雖不過一人一家，而日久之後，氏族混淆，莫知其祖之所自出，其本非同出一祖者，而亦以同姓論，於法於理，實難允協；而同姓爲婚之律徒存此虛文而無當於實事者也。元魏帝室十姓，百世不通婚，其中如胡、周、奚、車等與中原舊姓相同而實非一本，並無明禁，此其立法，尚合古制。唐人亦明乎同姓之義，故疏議以同宗共姓爲限；明律亦承唐舊，乃區同宗於同姓之外，罪名則視唐爲輕；範圍則視唐爲廣，大非唐律之本意；此由未明乎同姓之義故也。夫同姓之義曰一本，曰同祖，其不通婚也曰重宗，曰畏亂災，經傳亦既詳言之；其同姓而不同祖，既非一本，則與此義有合與否，亦不待智者而後明之；使不求其理之實否、法之當否而存之於律之中，豈律之善者乎？……」（註九）

沈氏的建議卒得施行，所以大清現行刑律裏的婚姻就將「同姓禁婚」的條文删削而合併於「親屬禁婚」項下，又改爲同姓不同宗結婚者不受處罰。

婚姻的解除在儒家的思想上是認爲很不應該的；試看周易序卦傳就有說：

「有天地然後有萬物，有萬物然後有男女；有男女，然後有夫婦；有夫婦，然後有父子；有父子，然後有君臣；有君臣，然後有上下；有上下，然後禮義有所錯；夫婦之道，不可以不久也，故受之以恆。」

這樣，離婚應當是很困難的了。但大戴禮本命篇卻有說：

「婦人七去：不順父母，爲其逆德也；無子，爲其絕世也；淫，爲其亂族也；妬，爲其亂家也；有惡疾，爲其不可與共粢盛也；口多言，爲其離親也；竊盜，爲其反義也。」

這七個條件如「口多言」一條，何其輕微；就動輒離婚！後來的唐律戶婚律竟將這種主張具體化；如——

「諸妻無「七出」及「義絕」之狀而出之者，徒一年半。」

疏義解釋說：

「七出者，依令：一、無子；二、淫泆；三、不事舅姑；四、口舌；五、盜竊；六、妬忌；七、惡疾。」（註一〇）

到了明代宋濂在所著郁離子書裏就猛烈攻擊傳統的法律所規定婚姻解除的「惡疾」與「無子」兩個條件的不合理很能發前人之所未發如說：

「或問於郁離子曰「在律婦有七出聖人之言歟」？曰「是後世薄夫之所云非聖人意也夫婦人，從夫者也。淫也，妒也，不孝也，多言也，盜也五者，天下之惡德也婦而有也，出之宜也。惡疾之與無子；豈人之所欲哉？非所欲而得之；其不幸也大矣；而出之忍矣哉！夫婦，人倫之一也。婦以夫爲天，不務其不幸；而遂棄之；豈天理哉？而以是爲典訓；是教不仁以賊人道也。仲尼沒而邪辭作，懼人之不信，而駕聖人以逞其說。嗚呼！聖人之不幸，而受誣也甚矣哉！……」」

淸代學者俞正燮所著癸巳類稿最富於男女平等思想；於當時婦女在法律上的地位深致不滿；所以在節婦說一文裏很憤慨的說：

「禮郊特牲云：「一與之齊，終身不改」，故夫死不嫁，後漢書曹世叔妻傳云：「夫有再娶之義，婦無二適之文」，故曰：「夫者天也」！按婦無二適之文固也，男亦無再娶之儀，聖人所以

不定此儀者，如「禮不下庶人，刑不上大夫」，非謂庶人不行禮，大夫不懷刑也，自禮意不明；苟求婦人遂為偏義。古禮「夫婦合體」同尊卑，乃或卑其妻；古言「終身不改」，身則男女同也。「七事出妻」，乃七改矣；妻死再娶，乃八改矣。男子理義無涯涘，而深文以罔婦人，是無恥之論也……」（註一二）

所以他對「七出」裏的「嫉妬」一離婚條件，認為最無道理。如妒非女人惡德論一文說：

「妒在士君子為惡德，謂女人妒為惡德者，非通論也。古見官文書者：宋明帝以湖孰令袁慆妻妒忌賜死，使近臣虞通之撰妒婦記；又以公主多妬，使人代江斅撰辭婚表，見宋書。……魏書宗室傳元孝友上表云：「古諸侯娶九女，士一妻一妾。晉令諸侯王娶妾八人，郡公侯六人，第一二品四人，三品四品三人，五品六品二人，七品八品一人。至聖朝忽棄此數，由來漸久，將相多尚公主，王侯皆娶后族，故無妾媵，習以為常。舉朝既是無妾，天下殆將一妻。設令志強廣娶，則家道離索，身事屯邅，內外親知共相嗤怪，父母嫁女則教以妒，姑姊逢迎相勸以急，以制夫為婦德，以能忌為女工，妒忌之心生，則妻妾之禮廢，妻妾之禮廢，則姦淫之兆興，（？）此

臣之所毒恨者也。請制令王公一品娶八通妻，備九女；二品備七，三品、四品備五，五品、六品則一妻二妾，限一周年悉令充數；若不充數，及待妾非禮，使妻妒加捶撻者，免所居官。妻無子而不娶妾，科以不孝之罪，離遣其妻。……朝野僉載云：「唐貞觀中桂陽令阮嵩妻妒，刺史崔邈云：一妻不能禁止，百姓如何整肅？妻既禮教不修，夫又神明安在？解見任」。此崔邈意與元孝友同。妒者，婦人常情，妒而忌則殺人者死，傷人抵罪；何煩詔表令檄，牽妬言之哉？明會典刑部律例一云：「親王妾媵十人，一次選；世子郡王四人，二十五歲無子，具二人，有子即止；三十無子，始具四人。……庶人四十以上無子許娶一妾」。律例四云：「民年四十以上無子者，方聽娶妾，違者，笞四十」。此則婦女無可妒，禮法之最善者也。易林云：「二婦同夫，志不相思，心懷不平，志常愁怨」。意林申子云：「妒妻不難破家，一妻據夫，衆妻皆亂，此不可奈何者也」。韓非子內儲說六微二云：衛人有夫妻禱者，而祝曰：「使我無故，得百束布」，其夫曰：「何少也？」對曰：「益是子將以買妾」。意林典論云：「上洛都尉王玉以功封侯，其妻泣於內，恐富貴更娶妻妾」。三國志袁紹傳注魚豢典略亦同，此其夫必素佻達者……夫婦之道言致一。

也；夫買妾而妻不妒；則是恕也恕則家道壞矣天地絪縕，萬物化醇，男女媾精，萬物化生，易曰：「三人行則損一人；一人行則得其友」言致一也；是夫婦之道也；依經史正義言之；妒非女人惡德；妒而不忌，斯上德矣」。(註一二)

這樣，他和宋濂總算把「七出」裏最不合人道的「惡疾」「無子」「妬忌」三條件批駁得「體無完膚」「淋漓盡致」那麼剩餘下來的祇有「淫泆」「不事舅姑」「口舌」「盜竊」等「四出」了！但別方面擁護「七出說」的也「大有人在」！如明王禕所作的七出議便是和宋濂針鋒相對的一篇答辯文字他說：

「今自「七出」言之，無子惡疾，固婦人之不幸也，而出之若過乎嚴矣，然三不去者，婦人孰無之？使其無子惡疾矣，而或其有所取無所歸也，與更三年之喪也，前貧賤而後富貴也，則固不得而去之也，又是又未嘗不寬甚也。

「或曰：「惡疾多言而或有是三不去者，固不去矣；使或無是也，則其出也，庸其罪歟」？

「曰：「妻道二：一曰奉宗祀也，一曰繼宗祀也，二者人道之本也今其無子，則是絕世也。惡疾

則是不與共粢盛也，是義之不得不絕者也。夫不順父母，以其逆德也；淫，以其亂族也；妬，以其亂家也；多言，以其離間也；竊盜，以其反義也；五者，其惡德之見絕於人者也。無子之絕世，惡疾之不可與共粢盛，二者，其惡德之見絕於天者也。其於義，所當絕均也」。

「或曰：「古者諸侯一夫人，六姪娣，兩媵；大夫，一妻二妾；士，一妻一妾。籍使妻有惡疾無子，則固有妾足以生子而奉祀，奚必妻之出也」？

「曰：「禮莫重於嫡孽之分；所以培化本而窒亂源也。庶孽並嫡，家國之禍，莫不由玆，苟因妻有惡疾，無子而成庶孽之寵，以啓爭奪之禍，是家國之大不幸也。又況庶人有妻而無妾；其爲不幸也，尤大。夫因婦人之不幸，而致家國之大不幸，輕重之際，聖人固有以權衡之，而謹其始矣。然則以惡疾無子而出妻，義之不得已，而禮之不可免者也」。

「或曰：「禮者，先王教人之具；律者，聖人御世之準；故禮虛文而律實法也。七出之文雖載於禮，而五出之法今著於律，奚爲其不可也」？

「曰：「禮與律非二物也，禮者防之於未然，律者禁之已然，皆緣人情而爲制。禮之所不許，即

律之所不容，出於禮則入於律也。惡疾無子之當出，其著於律，歷代相因，未之有改，由人情之所同也。……故嘗論之，夫婦之道以義合，以禮成者，其成也則納之以禮；不合也則出之以義，聖人之所許也。……是故孔氏之家，三世嘗出妻矣，使果以出妻為難也，然則聖人非歟？由是論之，徇思情暱細惠，不知禮義之大節，謂婦人無子惡疾為不當去，而欲減七出為五出者，可謂野於禮也已。」」（註一三）

清代的漢學大家錢大昕也是從「男性中心說」的立場，如王韜一樣的擁護「七出說」，但頗主張離婚自由，他說：

「家語婦人七出之文，先王所以扶陽而抑陰；而家道所以不至於窮而乖也。夫父子兄弟，以天合者也；夫婦，以人合者也；以天合者，無所逃於天地之間；而以人合者，可制以去就之義。堯、舜之道不外乎孝弟，而孝弟之衰，各自私其妻始。妻之於夫，其初固路人也，以家室之恩聯之，其情易輕。至於夫之父母，夫之兄弟姊妹，夫之兄弟之妻，皆路人也，非有一日之恩，第推夫之親以親之，其情固已不相屬矣；矧婦人之性，貪而吝，柔而狠；妯娌姑姊之倫，亦婦人也，同居而

志不相得，往往有之，其眞能安於義命者，十不得一也。先王設爲可去之義，合則留，不合則去，俾能執婦道者，可守從一之義，否則事割伉儷之愛，勿傷骨肉之恩。故嫁曰歸，出亦曰歸，以此坊民，恐其孝衰於妻子也。

「然則聖人於女子，抑之不已甚乎？曰：「去婦之義，非徒以全丈夫，亦所以保匹婦。後世閭里之婦，失愛於舅姑，讒間於夫婦，抑鬱而死者有之；或其夫淫酗凶悍，寵溺嬖媵，陵迫而死者有之；準之古禮，固亦有可去之義，亦何必束縛之禁錮之，置之必死之地以爲快乎？先儒戒寡婦之再嫁，以爲餓死事小，失節事大，余謂全一女子之名其事小，得罪於父母其事大，故父母兄弟不可乖，而妻則可去；去而更嫁，不謂之失節，使其過在婦歟？不合而嫁，嫁而仍窮，自作之孽，不可追也。使其過不在婦歟？出而嫁於鄉里，猶不失爲善婦，不必強而留之，使夫婦之道苦也。

「自七出之法不行，而牝鷄之司晨日熾，夫之制於婦者，隱忍而不能去，甚至於破家絕嗣，而有司之斷斯獄者，猶欲合之，知女之不可事二夫，而不知失婦道者雖事一夫，未可以言烈也。知臣之不可以事二君，而不知失臣節者，雖事一君，未可以言忠也，此未喻先王制禮之意

也」。

錢先生這文可反映中國大家庭的黑暗；但提倡離婚自由以救濟陷在十八層地獄裏的可憐婦女也不是根本辦法；若進一步來擁護「七出說」助長男性的偏私殘忍；未免不是「仁者之言」了；所以就他們的辯論看來；還是宋濂、俞正燮的理由勝過王禕和錢大昕。

(註一)潛夫論述赦第十六。

(註二)抱朴子彈訟篇。

(註三)唐律卷第十三戶婚律中。

(註四)大明律卷六戶律婚姻。

(註五)唐律卷第十四戶婚律下。

(註六)容齋續筆卷第八「姑舅爲婚」條。

(註七)明史卷一百三十七劉三吾傳附傳。

(註八)觀堂集林卷第十第二及十三、四兩頁。

(註九)衎稼文存卷一第二十六、七兩頁。

(註一〇)唐律疏議卷第十四。

(註一一)癸巳類稿道光十三年求日益齋刻本卷十三第七頁。

(註一二)前書第九、十兩頁。

(註一三)皇明文衡卷九。

(丑)別籍異財問題

西洋的家庭只包括「夫婦和未成年的子女」比起中國唐初張公藝家「九世同居」的要簡單而且合於人性多了；在中國子孫若別籍異財，像我們雲南土話說的「吃小鍋飯」，簡直是不孝！「不孝」就是唐宋明清律裏最重罪之一！你想可怕不可怕？中國大家族制度的典型可以德安縣志所述的陳家爲代表：——

「太邱陳寔之後，隱居江州，自唐及宋，聚族三千九百餘口；迄未分異，屢蒙旌表號曰義門陳氏」。

這種制度據宋陳祥道所著禮書說是起源於周代而爲秦商鞅所破壞的；他說：

「周之盛時，宗族之法行；故得以此繫民而民不散；及秦用商君之法，富民有子則分居，貧民

有子則出贅，由是其流及上，雖王公大人亦莫知有敬宗之道，寖淫後世，習以爲俗，而時君所以統馭之者，特服紀之律而已，間有糾合宗族，一再傳而散者，則人異之以爲「義門」，豈非名生於不足歟」？（註一）

按大家族制度果眞起源於周代嗎？大有問題！在最早儒家的理想中，家的份子爲數實在不多，試看孟子梁惠王上盡心章有說：

「百畝之田，勿奪其時，數口之家，可以無飢矣。」

公羊傳宣公十五年「什一者天下之中正也」，後漢何休的註解說：

「一夫一婦，受田百畝，以養父母妻子，五口爲一家」

此外如那部僞書周官地官也有說：

「小司徒均土地，上地家七人，可任也者家三人；中地家六人，可任也者二家五人；下地家五人，可任也者家二人。」

鄭康成註說：

「一家男女七人以上，則授之以上地；男女五人以下，則授之以下地。其夫有婦，然後爲家。自二人以至於十爲九等。可任，謂丁強任力役之事者」。

這樣可見家的份子多不過七八人；少則五人。再看和商鞅先後同時蘇秦，據史記本傳說他見齊宣王曾說過——

「臨菑之中七萬戶，臣竊度之，不下戶三男子；三七二十一萬」。

是當時中國本即祇有小家庭制度；不能怪商鞅破壞了大家族制度就算史記本傳說他命令——

「民有二男以上不分異者，倍其賦」。

前漢書賈誼傳也有說：

「秦人家富子壯，則出分；家貧子壯，則出贅」。

但也可作如是解釋：秦爲開化最晚的一個新民族；商鞅是拿中國之俗以改變戎狄之舊俗日本服部宇之吉博士所作宗法考即如是主張。（註二）那麼大家族制度究竟起源於什麼時候呢？史記一書固然沒有一族「同居共爨」的記載，前漢書地理志也只說河內地方的風俗是「好生分」，顏

師古註說：

「生分謂父母在，而昆第不同財產」。

大概除河內地方而外，父母生存的時候普通都是兄弟同居，但一族累世同居的證據還是尋覓不出來。只有在後漢書蔡邕傳纔有說：

「與叔父從弟同居，三世不分財，鄉黨高其義」。

樊宏傳說：

「（宏父）樊重世善農稼，好貨殖，重性溫厚有法度，三世共財，子孫朝夕禮敬，常若公家」。

獨行傳記——

「繆彤少孤，兄弟四人，皆同財業，及各娶妻，諸婦遂求分異，又數有鬬爭之言，彤深懷憤歎，乃掩戶自撾曰：「繆彤汝修身謹行，學聖人之法，將以齊整風俗，奈何不能正其家乎」？弟及諸婦聞之，悉叩頭謝罪，遂更爲敦睦之行」。

此外如應劭風俗通義說：

「謹按禮有東宮、西宮，辟子之私，不足則資，有餘亦歸之於宗也，此言兄弟無離異之義也，……凡同居上也通有無次也讓其下耳……」（註三）

東晉葛洪抱朴子又有說：

「漢桓帝之世，更相濫舉，時人為之語曰：「舉秀才不知書，察孝廉父別居」」（註四）

陶淵明也在誡子儼等書裏提到——

「潁川韓元長，漢末名士，身處鄉佐，八十而終，兄弟同居，至於沒齒。濟北氾幼春，晉時操行人也，七世同財，家人無怨色」。

都可證明累世同居的制度起源於後漢；但到南北朝卽有自然崩潰的趨勢；顧炎武日知錄卽有說：

「宋孝建中中軍府錄事參軍周殷啓曰：

「今士大夫父母在而兄弟異居，計十家而七；庶人父子殊產，八家而五；其甚者乃危亡不相知，飢寒不相恤，忌疾讒害其間，不可稱數，宜明其禁，以易其風」。

當日江左之風，便已如此。魏書裏植傳云：

「植雖自州送祿奉母及贍諸弟而各別資財，同居異爨，一門數竈」。

蓋亦染江南之俗也。隋盧思道聘陳嘲南人詩曰：

「共甑分炊飯，同鐺各煮魚」——

而地理志言蜀人敏慧輕急，尤足意錢之戲，小人薄於情理，父子率多異居」。

到了唐朝大一統的時代，執政者便不能容忍這種狀態，要用法律來制裁，所以唐律名例律的「十惡」即有——

『七曰不孝，謂父母在別籍異財……』

疏議說：

「祖父母父母在，子孫就養無方，出告反面，無自專之道，而有異財別籍，情無至孝之心；名義以之俱淪；情節於茲並棄；稽之典禮；罪惡難容；二事（並指「若供養有闕」）既不相須，違者並當十惡」

戶婚律又規定刑事的處分如下：

「諸祖父母，父母在，而子孫別籍異財者，徒三年。若祖父母，父母令別籍者，徒二年，子孫不坐。

「諸居父母喪，……兄弟別籍異財者，徒一年」。

日知錄又引——

「册府元龜唐肅宗乾元元年四月詔百姓中有事親不孝，別籍異財，玷汚風俗，虧敗名教，先決六十，配隸磧西，有官品者禁身聞奏。

宋史太祖開寶元年六月癸亥詔荆蜀民祖父母父母在者，子孫不得別財異居。二年八月丁亥詔川峽諸州察民有父母在而別籍異財者，論死。太宗淳化元年九月辛巳，禁川峽民父母在出爲贅壻。眞宗大中祥符二年正月戊辰詔誘人子弟析家產者，令所在擒捕流配。其於敎民厚俗之意可謂深且篤矣……」（註五）

按自宋以後歷代如元朝的大元通制十惡的條目也全同唐律，又戶婚另有規定：——

「諸父母在分財異居，……重議其罪。……」

元典章戶部收錄至元八年的成例，即——

「自後如祖父母父母許令支析別籍者聽，違者治罪」。

這樣比唐律寬大得多了！大明律戶律戶役立法的主義頗參酌於元典章，如說：

「凡祖父母父母在，而子孫別立戶籍，分異財產者，杖一百。（須祖父母父母親告乃坐）

「若居父母喪而兄弟別立戶籍，分異財產者，杖八十。（須期親以上尊長告乃坐）」

大清律的戶律戶役全同大明律，並且有增註說：

「或奉遺命，不在此律。

「其父母許令分析者，聽」。

這樣立法的精神較之唐宋相差不知有多遠了！就在宋朝曾拿很嚴重的死流刑來防止人民別籍異財，而有識的人士便很不以為然；如袁采的世範就有說：

「兄弟義居，固世之美事，然……顧見義居而交爭者，其相疾有甚於路人，前日之美事乃甚不美矣；故兄弟當分，宜早有所定，兄弟相愛，雖異財亦不害為孝義；一有交爭，則孝義何在？」（註六）

清代的李紱尤能洞鑑大家族制度的弊害；所以他極反駁法律上不許子孫析居的規定；他的〈別籍異財議〉一文說：

「……朱子曉諭兄弟爭產事，援據禮律，以敦教化，凡祖父母父母在堂，子孫別籍異財者，並將關約呈首抹毀，不遵者依法斷罪。……細思之，尙有未盡善者：蓋禁其爭財可也；禁其分居恐未可也。孟子論王政，止稱八口之家，朱子釋之以弟為餘夫，壯而有室，卽別授百畝，是古者未嘗禁人之分居也。惟是鄉田同井，相友相助相扶持；則分而不分耳。迨世既衰，漸失友助扶持之意，於是篤行之士，矯為累世同居之事，姑以勸親睦而激薄俗耳；非比戶所能行也。凡累世同居者，必立之家法，長幼有禮，職事有司，筦庫勾稽，善敗懲勸，各有定制，又必代有賢者，主持倡率而後可行；否則財相競；事相諉；儉者不復儉；而勤者不復勤；勢不能以終日；反不如分居者各惜其財；各勤其事；猶可以相持而不敗也。至於祖父母父母在堂，亦微有辨，如年逾七十，宜傳家政；或年雖未衰，別有疾病而不任綜理，則子孫析居；亦無不可；且其家既分析，必其家法未立，又無可兼綜之人，今必責已分者使之復合，是強人以所不能，勢不行矣。……」

這總算是說的很明切透徹的了！以今日中國社會的組織有前古所無的劇烈變遷；帝國主義的「無孔不入」，使農村破產；都市恐慌；人民救死不遑；父子兄弟都只能各謀生路苟延殘喘；至於宗族尙圖同居共爨簡直是夢幻！故現若尙提倡「孝治」，嚴定禁止別籍異財的法律；就不曾是犯了「時代錯誤」的毛病！

（註一）參看顧炎武日知錄卷十三「分居」條所引。

（註二）支那研究第四二七頁。

（註三）風俗通義過譽第四。

（註四）抱朴子審舉第十五。

（註五）日知錄卷十三「分居」條。

（註六）世範卷上睦親篇。

（寅）親子關係問題

中國崇拜祖先和西洋古代的羅馬相彷彿，所以把「祭祀祖先」，「緜延血統」當做子孫最重大的任務；孟子離婁上不孝章就記載——

「孟子曰：不孝有三，無後爲大！……」

這樣的思想影響到後代的法律，卽成爲婦女因「無子」而被解除婚約；和有子而以嫡子的身分獨尊；與及不得乞養異姓義子以亂宗族，或以子與異姓人爲嗣。關於第一項前引王律的七出議一文，卽有說：

「妻道二：一曰奉宗祀也；一曰續宗祀也；……今其無子，則是絕世也；惡疾，則是不與共粢盛也；是義之不得不絕者也。……」

關於第二項前文也有說：

「禮莫重於嫡孼之分；所以培化本而窒亂源也。庶孼並嫡，家國之禍；莫不由茲！苟因妻有惡疾；無子而成庶孼之寵，以啓爭奪之禍；是家國之大不幸！……」

考漢劉熙釋名釋親屬說：

「嫡，敵也，與匹相敵也」。

增韻釋嫡又說：

「正室曰嫡，正室所生之子曰嫡子。一曰嫡，敵也，言無與敵也」。

是惟嫡子纔可「承父之重」，至如妾所生的庶子在家屬裏就不能像嫡子那樣的能有特別權利。但就算是「正室」妻所生的「嫡子」，若在「居父母喪中」的時候，唐律是規定有刑事處分的，如說：

「諸居父母喪生子，徒一年」。

疏議說：

「在父母喪生子者，皆謂二十七月內而懷胎者；若父母未亡以前而懷胎，雖於服內而生子者，不坐；縱除服以後始生，但計胎月是服內而懷者，依律得罪」。

但在唐以前如東漢應劭風俗通也只有如下的一段紀事：

「俗說（彭城相袁）元服父字伯楚，為光祿卿，於服中生此子；時年長矣；不孝莫大於無後；故收舉之；君子不隱其過，因以「服」為字……」（註一）

這是儒家思想自相矛盾的一個很顯著的例；惟在東漢時雖禮教盛行卻並不像唐律有刑事處分

的規定。在唐朝之後如明太祖孝慈錄序所說：

「古不近人情而太過者有之；禁令服內勿生子朕覽書度意實非萬古不易之法；若果依前式，人民則生理罷焉」(註二)

沈德符野獲編也有說：

「世以父母憂制中舉子爲諱，士大夫尤不欲彰聞，慮涉不孝；然太祖作孝慈錄序中已爲嗣續大事曲賜矜貸矣。穆宗在裕邸生長子，是爲憲懷太子，時去母妃杜氏喪方朞，世宗不悅，得少詹事尹臺引孝慈錄序爲解上始釋然」。(註三)

是明代根本要廢除「喪中生子」治罪如唐律那樣的規定；事實上則從東漢歷隋唐直到滿清的僞善者儒徒卻仍固守着禮教的大防線；如清初大史家萬斯同和徐乾學在讀禮通考仍從「維持禮教」「肅清風俗」的立場反對「喪中舉子」，(註四) 描寫得最淋漓痛快的莫如袁枚讀喪禮或問一文，他說：

「某公居喪屏妻，自期有七月之後，因見母故，見其妻而心動；強抑苦禁，諄諄然告人。

「某公之於妻也，將以妻待之乎？不以妻待之乎？以妻待之，則所居之喪，卽妻之喪也。喪中饋奠之事，霜露之感，率其妻而共致焉，雖日日見何害？不以妻待之，則專視爲媟褻蕩心之具，而此外無一事焉，雖終身不見何益？夫至於漏絕其妻期有七月之久，則早視其妻爲媟褻蕩心之具，而不以妻待之矣。一旦相見，勃勃然有男女之思，又何尤焉？……」

這眞是犯了如明太祖所說的『不近人情而太過』的弊病了！還有「正室」妻不論在平日或喪中都生不出「嫡子」來，照孟子的話就眞的算是不孝嗎？袁枚在慰王麓園喪子書反駁孟子說：

「按洪範九疇，道五福六極甚詳，無道子嗣者。孔子衰年喪鯉，哀遜顏淵，儀禮傳曰：「大宗不可絕」，公羊傳註曰：「小宗無後當絕」，喪大禮曰：「喪有無後，無無主」，夫當絕與無後，古人明言之而不諱，是有子與無子，非聖賢意也。說者動以無後爲不孝云云，不知孝者人所爲；有後無後者天所爲；待天而後成孝，非教也。商臣盜跖皆有後者，得謂之孝乎？鄧攸羊祜皆無後者也，得謂之不孝乎？天下蟲豸雀鼠，跂行喙息之物，靡不煦嫗鞠育，孳孳愛其雛，其心豈以爲後哉？陰陽之生機使然耳」。

這話簡直是革孟子的命革幾千年傳統的腐敗思想的命！按照儒家宗族法的原理說來，凡祭祀宗廟和祖父封爵等事都應該由嫡長子孫繼承；其餘子孫別創一家，以爲其家的始祖，其子孫各奉祀其宗廟，卽所謂「別子宗法」，這本是周代的封建要法，所以不適用於一般的宗法，但後代立嫡和宗祧承繼的法規都以之爲準據若在「無子」的場合，如唐律戶婚律上說：

「諸立嫡違法者，徒一年；卽嫡妻年五十以上無子者，得立庶以長，不以長者亦如之」。

疏議說：

「立嫡者本擬承襲嫡妻之長子爲嫡子，不依此立，是名違法，合徒一年。卽嫡妻年五十以上無子者謂婦人年五十以上不復乳育；故立庶子爲嫡；皆先立長不立長者，亦徒一年，故云亦如之」。

又引令說：

「無嫡子及有罪疾時，立嫡孫；無嫡孫以次立嫡子同母弟；無母弟，立庶子；無庶子，立嫡孫同母弟；無同母弟，立庶孫；曾玄以下準此，無後者爲戶絕」。

此外還有「養子」的辦法，如禮記月令有說：

「無子者，聽養同宗於昭穆相當者」。

唐戶令也規定——

「無子者，聽養同宗於昭穆相當者」。

是凡無子的人都可立嗣；並且沒有大宗、小宗、嫡、庶的分別；法律思想的進步似乎很速；但還有「同姓」一個條件的限制；所以唐律戶婚律上說：

「養異姓男者，徒一年；與者，笞五十……」

疏議說：

「異姓之男本非族類；違法收養；故徒一年；違法與者得笞五十……」

宋刑統戶婚律的規定並同唐律，大明律戶律戶役略有改訂；如說：

「其乞養異姓義子以亂宗族者，杖六十；若以子與異姓人爲嗣者罪同，其子歸宗」。

這條的刑事處分比唐律減輕；大清律戶律戶役的規定並同大明律，這樣禁止以異姓爲養子在事

實上恐無多大效力。唐以前如東漢時卽有「聽宮中養義子世襲封爵」的例，杜佑通典異姓爲後議一文引——

「後漢吳商曰：「或問以異姓爲後，然當還服本親，及其子當又從其父而服耶？將以異姓而不服也」？答曰「神不歆非族，明非異姓所應祭也」。頃世人無後，並取異姓以自繼，然本親之服，骨肉之恩，無絕道也。……」

又引范甯與謝安書說：

「稱無子而養人子者，自謂同族之親，豈施於異姓？今世行之甚衆；是謂逆人倫昭穆之序；違經紹繼之義也」。

可見自後漢至東晉養異姓爲子的風氣頗盛；唐以後如五代時後唐武皇帝卽最好收養義子，據新五代史義兒傳，他的義子如：

李嗣昭，本姓韓，汾州太谷縣的民家子。

李嗣本，本姓張，雁門人。

李存孝，本姓安，名思敬，代州飛狐人。

李存信，本姓孫，名重進，振武人。

李存賢，本姓王，名賢，許州人。

這是收養異姓爲子極端的例。到了清代，沈家本便撰變通異姓爲嗣說一文：——

「……異姓亂宗之禁，自唐以來，並於律內著有明文，蓋古人最重宗法；嗣異姓則宗法紊，是以必嚴其辨；今宗法久已不行，惟此亂宗之禁守之尙嚴，亦告朔餼羊之意也。竊嘗以意推之，同宗一族血脈相連，卽遠至親盡無服之人，亦皆祖宗一脈之所分注，相與嗣續，自無閒然，若尋常異姓，族類旣殊，聽其嗣續，則血脈不能相屬，而宗系絕矣！律之所以必嚴其禁也。設使爲異姓親屬之人，情誼素來親密，雖事由人合，與同宗一族之以天合者似屬有閒，而血脈究亦相通，絕非尋常異姓之人可比。譬諸花木，同根一本，出於天然，其氣脈自相貫注，若移花接木，有能生活者，有不能生活者，其所以移之接之而遂能生活，必其氣脈之隱隱相類者也；然則尋常異姓誠不可亂宗，若異姓而爲至近之親屬，似亦不妨變通矣。漢書惠帝紀「內外公孫」

注應劭曰：

「內外公孫謂王侯內外孫也，內外孫有骨血屬嫙。（師古曰：嫙，音連。）」

此血脈相通之義古人已言之。魏志武帝紀建安七年令曰：

「吾起義兵為天下除暴亂，舊土人民，死喪略盡，國中終日行，不見所識，使吾悽愴傷懷！其舉義兵已來，將士絕無後者，求其親戚以後之，授土田，官給耕牛，置學師以教之，為存者立廟，使祀其先人，魂而有靈，吾百年之後何恨哉」？

此古時親戚為後見於教令者也。又魏陳矯本劉氏子，出嗣舅氏；吳朱然本姓施，以姊子為朱後，見於史冊，不以為非；本朝大臣中有陸費瑔，近日史館中有許鄧起樞，並以二姓兼稱其他之以異姓親屬為嗣者更難僂指數。此亦風俗之習慣不能遽禁者也。

「查戶部則例戶口繼嗣門例載「族人無子者許立同宗昭穆相當之姪承繼，先儘同父周親，次及大功小功緦麻，如俱無，方許擇立遠房同宗；如實無昭穆相當之人，準繼異姓親屬，取具參佐及族長族人生父列名畫押印甘各結送部，準其承繼。如有抱養民間子弟戶下家奴

子孫爲嗣，或實有同宗而繼異姓者，均按律治罪」等語。此條係乾隆五年戶部奏準旗人專例，中樞政考亦有此條，其文與戶例大致相符，是異姓親屬旗人本有準其過繼明文；但不得抱養民間子弟及以家奴子孫爲嗣耳。刑部有舊例一條云：「八旗有無嗣之人請繼立異姓親屬爲嗣者，務令該旗取具兩姓情願甘結，並各該管官參佐領等及族長保結送部存案，以杜占奪財產之端；如無兩姓情願甘結，不準繼立」，係雍正十二年定例（原註——後於乾隆三年刪除），可見雍正以前旗人立繼之法甚寬。乾隆三年又定旗人義子繼後之例（後於嘉慶六年刪除），視雍正例尤寬。迨五年戶部定例之後，刑部亦纂定一條云：

「凡八旗無嗣之人，如無同宗及遠近族人昭穆相當可繼爲嗣者，除戶下家奴民間子弟雖與另戶旗人分屬至親，不準承繼外，其有另戶親屬情願過繼者，取具兩姓族長人等並該參佐領印甘各結咨部準其繼立。儻實有同宗可繼爲嗣，揑稱並無族人，朦混繼立異姓者，仍按律治罪」

等語，則親屬以另戶爲限，已較舊例爲嚴。迨五十三年又定紊亂旗籍之例，而辦法更嚴；然其

例內前一節云：

「詐冒抱養民間子弟戶下家奴子孫為嗣紊亂旗籍」。

後一節云：

「若有冒支錢糧情事，毋論所繼者係屬異姓旗人民間子弟戶下家奴悉照冒支軍糧律從重科斷」。

而異姓親屬一層並未聲明不准繼立；故戶、兵二部之例至今尚存，與刑部之例並行不悖，蓋異姓親屬彼此均係旗人所謂情誼親密血脈相通者也；不獨與民間子弟家奴子孫不同；並與旗人之異姓而非親屬者不同論其服制；則或為母之兄弟；母之姊妹皆小功也；或為己之姊妹及同堂姊妹在室期功出嫁功緦也；或為妻兄弟之子；於妻則大功也論其情誼；則或朝夕往來或自幼團聚視遠房同宗之無服者為親密也現在編纂嗣續法，承繼一事可否略為變通？凡異姓親屬之有服制者；準其承繼為嗣；其無服制；仍不准承繼；以示限制；證諸戶、兵二部之則例，既有舊法可遵；即無慮悖乎中國之禮教；而推之民間風俗；其以親屬承繼者又為

習慣之事，必不至窒礙難行也。薛氏讀例存疑云：

「以民人而論，如有孤單零戶，本宗及遠房無人可以承繼者，取外姓親屬之人承繼，似亦可行。古來名人以異姓承繼者，不知凡幾，亦王道本乎人情之意也」。

蓋已有此說，今就其說而推衍之如此，以爲共相討論之助」。（註五）

這樣提議在嚴守宗祧承繼的中國，確是一大解放。

（註一）風俗通第二卷正失，大德新刊本第十八頁。

（註二）紀錄彙編本卷四。

（註三）野獲編卷一。

（註四）參看續禮通考卷百十五「喪中產子」。

（註五）寄簃文存卷三第十八至二十頁。

以前所述中國民法思想，祇現於「婚姻」「承繼」等方面，此外如「物權法」「債權法」等，蓋極不發達，以一向注重習慣，理論實在是很缺乏。

第五章　歐美法系侵入時代

中國幾千年以來法律思想演進的情形已如前所述，這樣既有悠久的歷史，又能獨立自成一系統，所以在歐、美帝國主義未東來以前，確能支配朝鮮、日本、琉球、安南等東亞各國的司法界，但自清朝道光時鴉片戰爭以來，英、美各國在華的領事裁判權確立，於是中國法系的本身就發生空前所未有的打擊！加以歐美學說大量輸入如「保障人權」和「權利」「義務」的思想深入中國青年腦裏；於是對過去那樣「禮」「法」分不清的法律或政治的制度自然深爲不滿；何況自與歐美通商沿江海一帶的工商業團體應時興起社會經濟逐漸發達；舊日比較簡單落後的法制實在不足應付新環境；恰好碰着當時代表頑固一派的西太后鼓勵拳匪，和八國聯軍斡得「性命幾乎不保」！守舊派便「噤若寒蟬」，開明一點的人如兩江總督劉坤一，兩湖總督張之洞纔在光緒二十七年五月第一次會奏變法事宜；六月又會奏有說：

一（上略）一、恤刑獄。州縣有司，政事過繁，文法過密，經費過絀，而實心愛民者不多，於是濫刑株累之酷，囹圄凌虐之弊，往往而有，雖有良吏，不過隨時消息，終不能盡挽頹風，外國人來華者，往往親入州縣之監獄，旁觀州縣之問案，疾首蹙額，譏為賤視人類，驅民入教，職此之由。今酌擬九條：

一曰禁訟累；每有訴訟，差役家丁必索訟費，視其家道以為多少，至少者制錢四千，薄有田產者任意誅求，不滿其欲者，則詭曰案未傳齊，致官不能過堂；即恤民之官，為之酌減定數，不准多索，然一官所禁，後任復然，差役不革，此弊不除。至傳案株累，最為民害，其中有原告誣攀者，亦有吏役從慫恿本官者，亦必須裁去吏役，方能杜絕。

二曰省文字；承審之例限處分太嚴，而命盜案之報少，必俟犯已認供而後詳報，盜案之例限開參太嚴，且必獲犯過半，兼獲盜首，方予免議，而諱盜之事多：諱有為無，諱劫為竊，諱多為少，各省從無一實報人數者；民案罕報罕結，則多私和人命及拖斃證人之事，民冤所以不伸也。盜案不早報，不實報，則萑苻已起而上官不知，寇亂所以潛伏也，此事關係甚大，非寬減

例處斷，無禁絕拖延命案諱飾盜案之法。……

三曰省刑責；敲扑呼號；血肉橫飛；最爲傷和害理；有悖民牧之義。地方官相沿已久，漠不動心，擬請以後除盜案命案證據已確而不肯供認者，准其刑嚇外，凡初次訊供時及牽連人證，斷不准輕加刑責。其笞杖等罪；應由地方官體察情形；酌量改爲羈禁；或數日；或數旬；不得凌虐久繫。

四曰重衆證；外國問案專憑證人；衆證既確；即無須本犯之供。查例載衆證明白，即同獄成，不須對問，然照此斷擬者，往往翻控，非誣問官受賄，即詆證人得贓，以故非有確供，不敢詳辦；於是反覆刑求；則有拷虐之慘；多人拖累，則有瘐斃之冤。擬請以後斷案；除死罪必須有輸服供詞外；其軍流以下罪名；若本犯狡供拖延至半年外者；果係衆證確鑿；其證人皆係公正可信；上司層遞親遞覆訊；皆無疑義者；即按律定擬奏咨立案；如再京控上控；均不准理；此即省酷刑拖累之大端也。

五曰修監羈；州縣監獄之外，又有羈所，又有交差押等目，狹隘污穢；凌虐多端；暑疫傳染；

多致瘐斃；仁人不忍視聞；等之於地獄；外人尤為痛詆；比之以番蠻！夫監獄不能無，而酷虐不可有，宜令各省設法籌款，將臬司府廳州縣各衙門內監外監，大加修改，地面務須寬敞，屋宇務須整潔，優給口糧及冬夏調理各費；禁卒凌虐，隨時嚴懲。至羈所一項，所以管押竊賊地痞，及案情干涉甚重，而供情未確，罪名未定，保人未到者，定例雖無明文，而各省州縣無處無之，蓋此等案犯，若取保則什九潛逃，斷不能行；若令還住客店，交差看守，則勒虐更甚，無從稽考，故羈所一項，其勢不能不設，擬請明定章程，各處羈所，務須寬潔整淨，不准虐待，亦不准多押；至傳質者歸入候審所，各省多已設立，其餘差帶官店等事，務須禁絕，此事之實辦與否，有房屋可驗，不能掩飾」

六曰教工藝；近年各省多有設立遷善所改過所者，亦間教以工藝等事；然行之不廣；且教之亦不認眞，應令天下各州縣有獄地方，均於內監中，必留一寬大空院，修工藝房一區，令其學習；將來釋放者可以謀生改行；禁繫者亦可自給衣履。

七曰恤相驗；凡有命案應相驗者，驗屍棚廠官吏夫馬之費甚多，均取之被告家，不足則

派之族鄰，小村單戶則派之一半里外之遠鄰；間有恤民之吏，自備夫馬帳棚，嚴禁差役科派，然亦不過百之一二，終無禁絕之法。查四川有三費局，由紳民糧戶捐出，一爲招解費，一爲相驗費，一爲夫馬費，民甚便之，行已三十年，此事似宜令各州縣就地籌款，務以辦成爲度，仍責令州縣輕騎簡從，不准縱擾，違者嚴參。

八曰改罰鍰贖罰之刑；古經今律皆同有之；惟其途尙隘；查命案盜案應按律治罪，竊賊地痞惡棍傷人詐騙訟棍，宜量予扑責監禁，藉以儆其悍暴，曉示良民，此數項應不准罰贖。此外如戶婚田土家務錢債等類之案；其中多係紳衿；且兩造必係親族鄉鄰；不宜苦辱過甚；致本人有礙上進，並使兩造子孫永爲仇隙；除按其曲直審斷外，其曲者按其罪名輕重，酌令罰繳贖罪銀若干，以爲修理監獄經費，舉貢生監職員封職犯事罪不致軍遣者，除褫革外，並罰繳修理監獄經費，看管數月，免其刑責，似於化民善俗之義有合，罰繳之數，令其詳報上司，私罪及人已者罪之。

九曰派專官監獄一事；固須屋宇廣潔，尤須隨時體恤，禁絕凌虐，必有專官司之，方有實

濟，吏目典史卑於州縣，不能考察，查各府皆有同知通判，所司清軍驛捕水利等事，久成具文，一無事事；按今之通判，宋亦名通判，或名簽判，明曰推官，皆兼管獄囚訴訟，故文人稱爲司李，俗人稱爲刑廳，擬請著爲定章，每府卽派實缺同知，專司稽察各屬監獄之事。……」

劉坤一、張之洞兩人因痛感外國人譏諷我國爲賤視人類，比擬我國爲番蠻；所以纔有以上九項的建議；其中如第（三）停止刑訊（註一）第（八）改罰鍰（註二）都在後來的大淸現行刑律裏採用施行。光緖二十八年受了英、日、美、葡四國允許有條件放棄領事裁判權的刺激；於是研究外國法律成爲政府的一樁新事業。沈家本刪除律例內重法摺有說：

「……光緖二十八年四月初六日奉上諭：

「現在通商交涉事益繁多，著派沈家本、伍廷芳將一切現行律例按照交涉情形參酌各國法律，悉心考訂，妥爲擬議，務期中外通行，有裨治理，等因欽此」。

仰見聖謨宏遠，欽佩莫名。當經臣等酌擬大概辦法，並遴選諳習中西律例司員分任纂輯，延聘東、西各國精通法律之博士律師，以備顧問，復調取留學外國卒業生從事翻譯，請撥專款

以資辦公，刊刻關防以昭信守，各等因先後奏明在案。計自光緒三十年四月初一日開館以來，各國法律之譯成者：

德意志曰刑法，曰裁判法；

俄羅斯曰刑法；

日本曰現行刑法，曰改正刑法，曰陸軍刑法，曰海軍刑法，曰刑事訴訟法，曰監獄法，曰裁判所構成法，曰刑法義解。

校正者曰法蘭西刑法，至英、美各國刑法臣廷芳從前遊學英國，夙所研究，該二國刑法雖無專書，然散見他籍者不少，飭員依類輯譯，不日亦可告成；復令該員等比較異同，分門列表，展卷瞭然，各國之法律已可得其大略」。

這樣對歐美法律的研究不能不說是很熱心了；結果是發見本國舊有法律的缺憾，而想藉歐美各國的法系加以補救改正；於是法律的思想乃起一大變化；如上文所說：

「臣等以中國法律與各國參互考證，各國法律之精意固不能出中律之範圍，第刑制不盡

相同，罪名之等差亦異，綜而論之，中重而西輕者爲多；蓋西國從前刑法較中國尤爲慘酷，近百數十年來經律學家幾經討論，逐漸改而從輕，政治日臻美善，故中國之重法，西人每嘗爲不仁，其旅居中國者，皆藉口於此，不受中國之約束。夫西國首重法權，隨一國之疆域爲界限，甲國之人僑寓乙國，卽受乙國之裁制，乃獨於中國不受裁制，轉予我以不仁之名，此亟當幡然變計者也。方今改訂商約，英、美、日、葡四國均允中國修訂法律，首先收回治外法權，實變法自強之樞紐。臣等奉命考訂法律，恭繹諭旨，原以墨守舊章，授外人以口實，不如酌加甄採，可默收長駕遠馭之效。現在各國法律既已得其大凡，卽應分類編纂，以期尅日成書，而該館員等僉謂宗旨不定則編纂無從措手；臣等竊維治國之道，以仁政爲先，自來議刑法者亦莫不謂裁之以義，而推之以仁，然則刑法之當改重爲輕，固今日仁政之要務，而卽修訂之宗旨也。現行律例款目極繁，而最重之法亟應先議刪除者，約有三事：

一曰凌遲、梟首、戮屍。査凌遲之刑唐以前無此名目，始見於遼史刑法志，遼時刑多慘毒，其重刑有車轘、磤擲諸名，而凌遲列於正刑之內，宋自熙甯以後，漸亦沿用；元、明至今，相仍未

改。梟首在秦、漢時惟用諸夷族之誅，六朝梁、陳、齊、周諸律始於斬之外別立梟名，至隋而刪除其法，自唐迄元皆無此名，今之斬梟，仍明制也。戮屍一事惟秦時成蟜軍反，其軍吏皆斬戮屍，見於始皇本紀，此外無聞，歷代刑志並無此法，明律亦無戮屍之文，至萬歷十六年始定此例，亦專指謀殺祖父母，父母者而言，國朝因之，後更推及於強盜案件，凡斬梟之犯監故者，無不戮屍矣！凡此酷重之刑，固所以懲戒凶惡；第刑至於斬，身首分離；已爲至慘；若命在頃忽，菹醢必令備嘗，氣久消亡；刀鋸猶難倖免；揆諸仁人之心，當必慘然不樂。謂將以懲本犯，而被刑者魂魄何知？謂將以警戒衆人，而習見習聞，轉感召其殘忍之性。故宋眞宗時，御史台請臠咼殺人賊，帝曰：「五刑自有常刑，何爲慘毒也」？陸游常請除凌遲之刑，亦謂「肌肉已盡，而氣息未絕，肝心聯絡，而視聽猶存；感傷至和，虧損仁政，實非聖世所宜遵」。隋時頒律，詔云：「梟首義無所取，不益懲肅之理，徒表安忍之懷」，洵皆仁人之言也。且刑律以唐爲得中，而唐律並無凌遲梟首戮屍諸法；國初律令重刑；惟有斬刑；準以爲式；尤非無徵。擬請將凌遲、梟首、戮屍三項一概刪除；死罪至斬決而止。凡律內凌遲斬梟各條；俱改斬決；斬決各條俱改絞決；絞決

俱改監候；入於秋審情實；斬候俱改絞候；與絞決人犯仍入於秋審；分別實緩；將來應否酌量變通，再由臣等妥議核定。或謂「此等重法，所以處窮凶極惡之徒，一旦裁除，恐無以昭炯戒」，顧有唐三百年不用此法，未聞當日之凶惡者獨多，且貞觀四年斷死罪二十九，開元二十五年纔五十八，其刑簡如此！乃自用此法以來，凶惡者仍接踵於世，未見其少，則其效可睹。矣。化民之道，固在政教，不在刑威也。

一曰緣坐；緣坐之制，起於秦之參夷及收司連坐法，漢高后除三族令，文帝除收孥相坐律，當時以為盛德，惜夷族之誅，猶間用之，故魏、晉以下仍有家屬從坐之法；唐律惟反叛惡逆不道律有緣坐，他無有也。今律則姦黨交結近侍諸項俱緣坐矣，反獄邪教諸項亦緣坐矣，一案株連，動輒數十人，夫以一人之故而波及全家，以無罪之人而科以重罪，漢文帝以為不正之法，反害於民，北魏、崔挺嘗曰：「一人有罪延及闔門，則司馬牛受桓魋之罰，柳下惠膺盜跖之誅，不亦哀哉」？其言皆篤論也。罰弗及嗣，虞書所美；罪人以族，周誓所譏；今世各國，咸主持刑罰止及一身之義，與罪人不孥之古訓實相符合，洵仁政之所當先也。擬請將律例緣坐各條，

除知情者仍治罪外，其不知情者，悉予寬免，餘條有科及家屬者准此。

一曰刺字。刺字乃古墨刑，漢之黥也。文帝廢肉刑而黥亦廢，魏、晉、六朝雖有逃奴劫盜之刺，旋行旋廢。隋、唐皆無此法，至石晉、天福間始創刺配之制，相沿至今，其初不過竊盜逃人，其後日加繁密：刺事由，刺地名，刺改發，有例文不著而相承刺字者，有例文已改而刺字未改者，其事極為紛糅，在立法之意原欲使莠民知恥，庶幾悔過而遷善，詎知習於為非者，適予以標識；助其凶橫，而偶罹法網者，則黥刺一膺，終身僇辱。誠如宋志所謂面目一壞，誰復顧藉？強民適長威力，有過無由自新也。夫肉刑久廢，而此法獨存，漢文所謂刻肌膚，痛而不德者，正謂此也；未能收弼教之益，而徒留此不德之名，豈仁政所宜出此？擬請將刺字款目概行刪除；凡竊盜皆令收所習藝，按罪名輕重定以年限，俾一技能嫻，得以餬口，自少再犯三犯之人。一切遞解人犯，嚴令地方官認真僉差押送，果能實力奉行，逃亡者自少也。

以上三事，皆中法之重者；參諸前人之論說，既多議其殘苛，而考諸今日環球各國，又皆廢而不用；且外人訾議中法之不仁者，亦惟此數端為最甚；此而不思變通，則欲彼之就我範

閡；不猶南轅而北轍乎？

查各國修訂法律，大率於新法未布，設單行法，或淘汰舊法之太甚者；或參考外國之可行者；先布告國中；以新耳目；是以略採其意，請將重法數端先行刪除，以明示天下宗旨之所在，此外或因或革，端緒繁多，俟臣等隨時釐訂，陸續奏聞，惟更張之始，度必有議其後者，竊思法律之爲用宜隨世運爲轉移；未可膠柱而鼓瑟昔宋咸平時刪太宗詔令，十存一二，史志稱之；我朝雍正、乾隆間修改律例，於康熙時現行條例刪汰不知凡幾，即臣等承詔之初，亦以祖宗成憲未敢輕議更張，第環顧時局；默驗將來；實不敢依違模棱；致令事機坐失；近日日本明治維新；亦以改律爲基礎；新律未頒；卽將磔罪梟首；籍沒墨刑先後廢止；卒至民風丕變；國勢駸駸日盛；今且爲亞東之強國矣；中、日兩國政教同，文字同，風俗習尚同，借鑑而觀；正可無庸疑慮也伏惟我皇太后皇上深念時艱，勤求上理，特詔考訂法律，期於通行中外；法權漸可挽同；用敢擇其至要者披瀝上聞，倘蒙俞允，並請明降諭旨，宣示中外，俾天下曉然於朝廷宗旨之所在，而咸欽仁政之施行；一洗從來武健嚴酷之習；卽宇外之環伺而觀聽者；亦莫不悅服

而最從變法自強實基於此……」（註三）

這文將中國法律「最落後」不合時宜的部分眞能愷切披陳可算是對「中國法系」加以改造的一篇大「宣言」！沈氏是深了解中國法律而且明白歐美法律的一個近代大法家所以他「知己知彼」，很願意「採人之長補我之短」，他的虛擬死罪改爲流徒摺說：

「……臣等復詳加考核，歐美、日本各國死刑，從前極爲慘酷，近年則日從輕減，大約少者止數項，多亦不過二三十項，中國刑法周時大辟二百，至漢武時多至四百九條，當時頗有禁網漸密之議；元魏時大辟二百三十條，隋開皇中除死刑八十一條，唐貞觀中又減大辟九十三條，比古死刑，殆除其半，號爲得中。國朝之律，沿自前明，順治時律例內眞正死罪凡二百三十九條，又雜犯斬絞三十六條，迨後雜犯漸改爲眞犯，他項又隨時增加，計現行律例內，死罪凡八百四十餘條；較之順治年間增十之七八；不惟爲外人所駭聞，即中國數千年來亦未有若斯之繁且重者也。稱維寬嚴之用必因乎其時，在立法之初原爲整飭人心風俗起見，而世輕世重，未容墨守成規，惟法貴能得其通，而事須行之以漸；臣等查現行律例內，其虛擬死罪而

秋審例緩者，莫如戲殺、誤殺、擅殺三項：戲殺初無害人之意，死出意外，情節最輕；誤殺雖有害心，而死非互鬬之人。亦初意之所不及；擅殺情節輕重不等，而死者究係有罪之人；故此數項罪犯在各國僅處懲役禁錮之刑。考之唐律戲殺誤殺，各按其當場情形，分別徒流，並無死罪；擅殺分勿論及徒流絞四等，亦不概問死罪。中國現行律例不分戲誤擅殺皆照鬬殺擬絞監候，秋審緩決一次，即准減流：其重者緩決三次減流，蓋雖名為絞罪，實與流罪無殊，不過虛擬死罪之名，多費秋審一番文牘而已。現當綜核名實併省繁重之際，與其空擬以絞，徒事虛文，何如徑改為流，俾歸簡易。臣等公同商酌，擬請嗣後戲殺改為徒罪；因鬬誤殺旁人並擅殺各項罪人，現律應擬絞候者，一律改為流罪，均按照新章，毋庸發配，歸入習藝所，罰令作工；其現行例內如誤殺其人之父母兄弟等項，並擅殺二命以上及謀故火器擅殺各項，不准一次減等者，酌加二年；如遇情有可原，或情節較重者，應俟臨時酌量辦理；其戲傷誤傷並擅殺按例罪不至死者，均於本罪上遞減一等，以免窒礙；似此變通量減，不過去其虛擬死罪之名，仍於生死無關出入。以上三項減輕之後，如果行無窒礙，再將鬬殺及各項死罪，分別較量，擇其情

節輕者，奏請減等，總期由重就輕，與各國無大懸絕……」（註四）

這是進一步要使中國舊律例的規定「世界化」「一般化」，至如因應時勢新增的立法，如偽造外國銀幣設立專條摺說：

「……竊維銀圓創自外洋西班牙、墨西哥諸國，中國近亦鑄造，各省流暢通行，惟利益所在，詐偽因之而生，是以私造變造之案層見迭出，上年財政處會同戶部奏請嚴定私造銀圓銅圓紙幣治罪章程，經刑部議以按照私鑄制錢例從嚴治罪，……惟是此項新章係專指私造中國銀銅圓紙幣而設，誠以銀銅圓紙幣為我國家財政所繫，故擬罪獨從其重，至於外國銀圓，中國雖一律通行，惟究與國寶不同，如有偽造，擬罪自應略分輕重，以示區別。查各國法律私鑄一項均以本國外國分別治罪：如法國刑法凡偽造改造金銀貨幣處無期徒刑，偽造改造外國貨幣處有期徒刑；俄國刑法凡私鑄俄國錢幣，無限公權全奪，罰作八年以上十年以下苦工，私鑄外國錢幣無限公權全奪，罰作四年以上六年以下苦工；英國刑法凡偽造貨幣，處終身徒刑，偽造外國貨幣處五年至七年之徒刑，或二年以下囚獄；日本改正刑法以行使

之目的將通用貨幣紙幣僞造變造者處無期或五年以上之懲役，將國內流通之外國貨幣紙幣僞造變造者處三年以下之懲役；是法、俄、英、日各國治罪之輕重雖有不同，而私造外國貨幣均較本國處刑爲輕現在中國銀幣盛行，而外國銀圓流通內地並無歧視；以致僞造外國銀圓人犯所在多有現行律例並無治罪明文與其就案斟酌臨事鮮有依據何如定立專條；隨時可資引用臣等公同商酌擬請嗣後凡僞造外國銀圓行使無論贓數次數多寡，爲首及匠人均於奏定私鑄銀幣章程絞罪上減一等，擬以流三千里；其爲從及鑄造未成之犯各於流罪上減一等問擬所得流徒罪名仍照章收入習藝所工作，似此明定章程，庶立法寬嚴得中，而匪徒知所警戒矣。……」(註五)

沈氏所處的時代歐美「人權的思想」已輸入中國；所以舊日律例有不能保障「人權」的地方便急須「改絃更張」，沈氏的禁革買賣人口變通舊例議一文說：

「……查閱(兩江總督周馥)原奏內稱「中國三代盛時，無買賣人口之事，惟罪人乃爲奴隸，周衰始有鬻身之說，秦、漢以後變而加厲，以奴婢與財物同論，不以人類視之，生殺悉憑

主命，我朝定例，逐漸從寬，白契所買奴婢與雇工同論，奴婢有罪，不告官司而毆殺者治罪，壘次推恩，有加無已，然仍准立契買賣，本源未塞，徒挽末流，補救終屬有限，貧家子女一經賣入人手，虐使等於犬馬，苛待甚於罪囚，呼籲無門，束手待斃，慘酷有不忍言者。泰西歐、美各邦近年治化日進，深知從前競尙蓄奴爲野蠻陋習，英國糜數千萬金幣贖免全國之奴；美國則以釋奴之令，兵事累歲，卒盡釋放，義聲所播，各國從風。我朝振興政治，改訂法律，百度維新，獨買賣人口一端，既爲古昔所本無，又爲環球所不韙，擬請特沛殊恩，革除此習……」各等語，……考之漢書建武七年詔曰：「吏人遭饑亂及爲賊所略爲奴婢下妻欲去留者，悉聽之，敢拘執不還，以賣人法從事」。注曰：「盜律略賣人和賣人爲奴婢者死」。又唐律「諸略賣人爲奴婢者，絞；和賣者，流二千里；略賣期親以下卑幼爲奴婢者，並同鬬毆殺法；和賣，減一等；賣餘親者，各從凡人和略法。知祖父母父母賣子孫而買者，各加賣者一等」。是漢、唐時此項罪名視今律更重。至東西各國德意志刑法買賣奴隸使就外國軍務或船舶之役者，處以懲役之刑；俄羅斯刑法凡違禁販賣非洲黑奴者，以行劫論；又將俄國及俄國保護之人民賣與異種

人爲奴者，無限公權全奪，罰作八年以上十年以下苦工；其餘各國刑法皆不列此項罪名，蓋久已無奴婢名目，故法典中亦不著也。乃今時屬禁雖懸，而買賣人口之風俗相沿未改，推原其故，大都遇荒歉之年，貧民餬口無資，鬻女賣男，藉圖存活，始僅八旗官紳之家收養驅使，久之而庶民亦多效尤，凡有資財者皆得廣置婢女，姦民藉以漁利，公然販運買賣，若不知爲大干例禁者，以致凌虐折磨，弊端百出；且律文雖有買賣奴婢之禁，而條例復准立契價買，法令已多參差，且官員打死奴婢，僅予罰俸；旗人故殺奴婢，僅予枷號；較之宰殺牛馬，擬罪反輕；亦殊非重視人命之義。本大臣奉命纂修新律，參酌中外，擇善而從，現在歐美各國均無買賣人口之事；係用尊重人格之主義，其法實可採取；該督擬請永行禁止，係爲革除舊習起見，自應如所奏辦理（下略）」。（註六）

又其時「三民主義」的創始者孫中山先生領導同盟會的會員在海內外推進革命，他所揭櫫的「驅除韃虜，恢復中華」的民族主義尤能得大多數人士的信心，這樣就使清朝震撼，最頑固的西太后也被嚇得下詔說：

「我朝以仁厚開基，迄今二百餘年，滿、漢臣民從無歧視，近來任用大小臣工，卽將軍都統亦不分滿、漢，均已量材器使，朝廷一秉大公，當爲天下所共信；際玆時事艱虞，凡我臣民方宜各切憂危，同心挽救，豈可猶存成見，自相紛擾，不思聯爲一氣，共保安全？現在滿漢畛域究應如何全行化除？著內外各衙門各抒所見，將切實辦法妥議具奏，卽予施行。……」

可見態度緊迫之一斑了！沈家本利用這個機會，建議滿漢人民在法律上應該完全平等；他先從「刑法」方面說；如旗人遣軍流徒各罪照民人實行發配摺一文說：

「……竊維爲政之道，首在立法以典民，法不一則民志疑；斯一切索隱行怪之徒(?)皆得乘瑕而蹈隙，故欲安民和衆；必立法之先統於一；法一則民志自靖；舉凡一切奇衺之說(?)自不足以惑人心；書曰「無偏無黨；王道蕩蕩；無黨無偏；王道平平」，正謂此也。查律載凡旗人犯罪，笞杖各照數鞭責，軍流徒免發遣，分別枷號；徒一年者，枷號二十日，每等遞加五日，總徒准徒亦遞加五日；流二千里者，枷號五十日，每等亦遞加五日；充軍附近者，枷號七十日，近邊者七十五日，邊遠沿海邊外者八十日，極邊煙瘴者九十日，等語。……」

「伏思今日八旗丁口日益蕃昌，與昔日情形迥異，若將旗人犯罪應發配者概與民人一體辦理，亦無慮軍伍差務之乏人。如謂新章之監禁期長，舊律之折枷期短，重輕懸絕，不甚相宜，抑知畛域之未能化除；正在此等重輕懸絕之處；盡人在覆幬之內，而一輕一重，此成見之所以未能盡融；似未可拘泥舊規，致法權不能統一。臣默覘世運，慨念時艱，欲籌挽救之方，不得不變通辦理，擬請嗣後旗人犯遣軍流徒各罪，照民人一體同科，實行發配；現行律例折枷各條，概行刪除，以昭統一而化畛域……」（註七）

又從「民法」方面說；如變通旗民交產舊制摺一文說：

「奏為旗民交產舊制亟宜變通請旨飭部核議施行以便民生而化畛域，恭摺具陳，仰祈聖鑒事：竊維萬物之生機必周流而始能便利，未有生機阻閡而人民能受益者也。下民之生計貴能自養，未有生計窘迫而上能偏給者也。是故閭閻貧乏，或此贏彼絀，或此有彼無，其中消息甚微，不能一致，全賴贏絀可以相濟，有無可以相通；若相濟相通之機關滯而不靈，將絀者無者既困守而益卽於窮，贏者有者亦束縛而難以持久，斯貧富皆受其病，有如一地也，富者

不自種，而傭人為之種，貧者若不能自種而又無傭人之資本，則日就荒蕪；又如一房也，富者隨時修葺，破壞無虞，貧者無力經營，一遇破壞卽日就穨廢，苟不使之相濟相通，其病固如是，卽使之相濟相通，而限制太嚴，其機關之滯而不靈者，仍如故也，此理勢之所必至，無可疑者；況乎養民之道在乎因勢利導，必使人人能自為養而後可以無不養，若不為之籌自養之路，而但作苟且之圖，則立達無方，博濟亦徒存虛願而已。

「伏查例載：一旗地旗房概不准民人典買，如有設法借名私行典買者，業主售主俱照違制律治罪。地畝房間價錢一併撤追入官，失察該管官交部嚴加議處。……

一、凡八旗人員置產業於各省者，令該員據實首報，交與該督撫按其產業之多寡，勒限變價歸旗。……

「本年恭奉諭旨化除滿、漢畛域，共保安全，禮制刑律之歧異者特諭妥議辦法，將次第見之施行，以彰聖代同風之治，旗民不准交產，亦顯分畛域之一端，自應及時變通，未可拘牽舊制；況究夫生理之源，於相濟相通之機關多阻閡而少便利，則於八旗生計似亦無庸顧慮及此

臣等默窺世變，熟計時宜，擬請嗣後旗人房地准與民人互相買賣……至旗人之出外居住營生者，准其在各省隨便置買產業，毋庸禁止……庶旗民之贏絀有無可以相濟相通，而各有自養之路，便民生而化畛域，洵共保安全之一策也……」（註八）

以上爲沈家本諸人提議廢除凌遲、梟首、戮屍等野蠻刑名及緣坐、刺字、死罪的虛擬，買賣人口，旗籍與民人輕重互異的規定等都是受歐美法系影響後始有的新思想；到了宣統元年這些新思想就具體的表現在那部總數一千三百二十七條的大淸現行刑律裏；這書在宣統二年四月初七日纔奉上諭：「著即刊刻成書，頒行京外，一體遵守」。直到民國成立，這部法典裏的民法還成爲民國十幾年來民法的有效部分；可見沈氏諸人也不爲「徒勞」！

按大清現行刑律還是一部過渡時期的法典；所以淸廷同時又延聘日本法學者起草新式法典，董康氏中國歷屆修訂法律之大略一文有說：

「法律館自前清庚子亂後設立，初用律例館舊址，嗣擴充兼辦一法律學堂，延聘日本法學博士，岡田、志田、松岡諸博士從事編纂六法草案，皆出諸博士手……」（註九）

沈家本氏法學通論講義序也說：

「余恭膺簡命偕新會伍秩庸侍郎修訂法律並參用歐、美科條開館編纂，伍侍郎曰「法律成而無講求法律之人，施行必多阻閡非專設學堂培養人才不可」。余與館中同人僉韙其議，於是奏請撥款設立法律學堂奉旨俞允擇地庀材剋日興築而教習無其人則講學仍託空言也乃赴東瀛訪求知名之士羣推岡田博士朝太郎爲巨擘重聘來華，松岡科長義正司裁判者十五年經驗家也亦應聘而至，於光緒三十二年九月開學學員凡數百人。……」

（註一〇）

岡田朝太郎博士實擔任起草刑事法，於光緒三十四年告成，（註一一）這部出於「外國人之手」的新刑律和中國幾千年來傳統的法典有根本不同之處，即——

第一、主義的不同。　新刑律減輕死刑；舊法典所規定的死罪實在太過繁重，新刑律非情節重大不科死刑；新刑律廢除階級；舊法典關於刑的適用有「官秩」「服制」「良賤」種種加重減輕的區別，頗不平等，新刑律則除直系尊親屬而外，就全部一律平等；新刑律

對共同犯罪的「以實施者皆爲正犯」（結合羣衆幾條稍爲例外）不像舊法典都是「以造意爲首隨從者減一等」；新刑律對「二罪俱發」作併科處分不像舊法典純以吸收爲原則，卽所謂「二罪俱發從重論」，有獎勵犯罪的危險。

第二、制度的不同　舊法典的刑名有笞杖，新刑律則改爲罰金或拘役。

第三、編纂體例的不同　舊法典的條例幾於一事一例，新刑律則採取概括主義提綱挈領；甚爲得要。

總之，這部新刑律雖曾參酌自唐律以來的舊有規定，但大部分實在是甄採那時歐洲大陸派德意志等國最新的法案。據江庸氏五十年來中國之法制一文說，這部新刑律在——

「宣統元年先由憲政編查館咨交各省簽註，維時張之洞以軍機大臣兼長學部，因刑律草案無一姦通無夫婦女治罪」條文，以爲蔑棄禮教，各省疆吏亦希旨排擊，奏交法部會同修訂法律大臣修改，奉旨後法部迄未過問，館員將草稿重加修改，屬稿後送部，尚書廷杰本墨守舊律者，乃附加五條於後，會銜具奏請作爲暫時章程頒布，實隱寓破壞之意，五條大意卽

將加害皇室及內亂外患罪加重；無夫姦處刑；對於尊親屬有犯不得適用正當防衛之類是也」。（註一二）

另據董康氏中國歷屆修訂法律之大略一文的記載——

「刑法成後交各省簽註被指摘爲左之二點：

一、內亂罪無純一死刑　時張文襄兼任學部大臣，其簽註奏稿，語涉彈劾，且指爲勾結革黨；副大臣爲宗室寶熙，例須連署，閱之大驚，謂文襄曰：「公與沈某有仇隙耶？此摺朝上，沈某暨一干纂修夕詔獄矣」。文襄曰：「絕無此意，沈某學問道德，素所欽佩，且屬葭莩戚也」。寶曰：「然則此稿宜論立法之當否，不宜對於起草者加以指摘」。遂由寶改定入奏，則此點獲安全過去者，寶之力也」。（註一三）

和江庸氏所述張之洞反對之點略有不同，董康氏接着上文說：

「二、無夫姦之無罪　新舊之爭，關於此點較前尤劇，所謂甚囂塵上也。反對之領袖爲勞乃宣，被選爲資政院議員，康因兼職憲政編查館科員，政府遣派出席，被諮詢，無夫姦之應

否科罪在個人意見，無所可否，惟負修訂責任，不能不有所主張。資政院本借法律學堂作議場與法律館比鄰，以政府員資格，時邀至法律股辯論，幾於舌敝脣焦，幸汪榮寶任本股股長，且爲編查、法律二館同僚，勉強提出大會，屆時逐條討議，已逾辦公時，至姦非罪章，先由政府員汪有齡（原註——本館總纂）剴切陳述本章之應趨嚮大同之宗旨，最後投票表決，以贊成者投藍票，反對者投白票，議員多爲文襄所招致，因之舊派說而操縱，結果白票居多數，政府員復有聲明，議場閧散，秩序大亂……」

江庸氏對此爭議的記載較董氏尤爲詳細，如說：

「當刑法草案告成提交資政院議決之頃，朝野之守舊者將法制與禮教觀念混而爲一，多不慊於新法，羣起而譏議之，其反對最力者爲勞乃宣氏，勞氏以「干名犯義」、「犯罪存留養親」、「親屬相姦」、「親屬相盜」、「親屬相毆」、「故殺子孫」、「殺有服卑幼」、「妻毆夫」、「夫毆妻」、「無夫姦」、「子孫違教令」等款，大清律皆有特別規定，而新刑律草案則一筆抹殺，大失明刑弼教之意，著爲論說，遍示京外，朝野多韙其言。青島特別高等學校

教員德人赫氏亦起而附和之，赫氏之論至爲幼稚，亦似非由衷之言（原註，赫氏云：「余見中國自置本國古先哲之良法美意於弗顧，而專求之於外國竊爲惜之」）於勞氏之議，幾無不贊成）。而守舊者則謂語出西人；大足張其旗鼓；新律幾有根本推翻之勢。沈氏憤慨異常，獨當其衝，著論痛駁」。

按沈家本氏的書勞提學新刑律草案說帖後原文如下：

「「干名犯義」

此告訴之事，應於編纂判決錄時；於誣告罪中詳敍辦法；不必另立專條。

「犯罪存留養親」

古無罪人留養之法，北魏太和中始著之令格，金史世宗紀大定十三年尙書省奏：「鄧州民范三毆殺人當死而親老無侍」，上曰：「在醜不爭謂之孝；孝然後能養；斯人以一朝之忿；忘其身而有事親之心乎？可論如法；其親官與養濟」。是此法之未盡合理；前人有議之者矣。又嘉慶六年上諭論「承嗣」「留養」兩條有云：「兇惡之徒，稔知律有明條；自恃

身係單丁；有犯不死；竟至逞兇肆惡；是承祀留養非以施仁；實以長姦；轉似誘人犯法」等語，是我朝祖訓亦嘗申言其弊．此所當敬謹尊繹者也。此法不編入草案；似尚無悖於禮教。

「親屬相姦」

新草案和姦有夫之婦，處三等至五等有期徒刑，較原案又加一等者原包親屬相姦在內，但未明言耳。此等行同禽獸，固大乖禮教；然究爲個人之過惡；未害及於社會，舊律重至立決；未免過嚴。究之此等事何處無之，而從無人舉發；法太重也。間有因他事牽連而發覺者；辦案者亦多曲爲彌縫；由立決改監候；使非見爲過重；何若是之不憚煩哉？大抵法太重則勢難行，定律轉同虛設；法稍輕則人可受，遇事尚可示懲。如有此等案件處以三等有期徒刑，與舊法之流罪約略相等；似亦不爲過寬；應於判決錄詳定等差，毋庸另立專條。

「親屬相盜」　「親屬相毆」

此兩條並在酌量減輕之列；應於判決錄內詳定等差，毋庸另立專條，其關乎毆尊親屬者，修正草案內已定有明文矣。

「故殺子孫」

公羊傳僖五年「晉侯殺其世子申生，曷爲直稱晉侯以殺？殺世子母弟直稱君者，甚之也」。何休注：「甚之者甚惡殺親也」。又疏引春秋說僖五年晉侯殺其世子申生，襄二十六年宋公殺其世子痤。殘虐枉殺其子；是爲父之道缺也。此可見故殺子孫，實悖春秋之義。康誥稱於父不能字厥子，乃疾厥子，在刑茲無赦之列，古聖人於此等之人，未嘗稍恕之也。唐律「子孫違犯教令而祖父母父母毆殺者，徒一年半；以刃殺者徒二年；故殺者各加一等（二年，二年半）。即嫡繼慈養殺者，又加一等。明律改一年半者爲滿杖，改二年及二年半者爲一年，旣失之太輕；其嫡繼慈養之致失絕嗣者復加至絞，又失之過重。此本當損益者也。今試以新草案而論，凡殺人者處死刑，無期徒刑或一等有期徒刑；（原註——此專指謀故言）如係故殺子孫，可處以一等有期徒刑，再以酌量減輕條犯罪之事實情輕減二等之法減之，可減爲三等。有期徒刑，而三等之中又可處以最輕之三年未滿，則與唐律之輕重，亦差相等矣。此亦可以明定於判決錄內，毋庸另立專條。

「殺有服卑幼」

宋李綖言風俗之薄，無甚於骨肉相殘，是同宗自相殺傷，卽尊長於卑幼，亦非風俗之善者；若必明定於律文之中，亦徒見其風俗之不良耳。且謀故殺卑幼，舊律之應擬死罪者，於新草案同凡人論，倘無甚出入，其毆死及毆傷者，照新草案雖與凡人同論，而按之舊法亦無出入。此等但當於判決錄規定等差，不必多立專條。

「妻毆夫，夫毆妻」

唐律：「毆傷妻，減凡人二等，死者以凡人論；以刃及故殺者，亦同凡人論斬。妻毆夫，徒一年，傷重者，加凡人三等，死者，斬」。故殺亦止於斬也，與凡人罪名相去不遠。明律：「毆妻非折傷，勿論；折傷以上減凡人二等；死者，絞；故殺，亦絞；毆夫滿杖折傷以上，加凡鬬三等；篤疾，絞決；死者，斬；故殺者，凌遲處死」，夫則改輕，妻則加重，遂大相逕庭矣。夫妻者齊也，有敵體之義；乃罪名之輕重懸絕如此，實非妻齊之本旨。今酌擬辦法，凡罪之至死者無論矣，其毆傷及毆死者，卽照傷害人身體條夫從輕比，妻從重比，與凡人稍示區別，似不至大乖乎禮教，

亦於判決錄內詳細規定，不必另立專條。

「發塚」

修正草案已有此條，在第二十章與此條所擬大略相等，不必再補。

「犯姦」

無夫之婦女犯姦，歐洲法律並無治罪之文，俄律「汚人名節」門有十四歲以上尚未及歲之女爲師保人等及僕役誘姦一條，「違禁嫁娶」門有姦占無夫婦女一條，前條指師保人等言，後條指姦占言，非通常之和姦罪名也。近日學說家多主張不編入律內，此最爲外人著眼之處，如必欲增入此層，恐此律必多指摘也。此事有關風化，當於教育上別籌辦法，不必編入刑律之中。孔子曰：「齊之以刑」，又曰：「齊之以禮」，自是兩事，齊禮中有許多設施，非空頒文告，遂能收效也。後世教育之不講，而惟刑是務，豈聖人之意哉？

「子孫違犯教令」

違犯教令出乎家庭，此全是教育上事，應別設感化院之類，以宏教育之方，此無關於刑事，

不必規定於刑律中也』。(註一四)

又有答戴尚書書說：

『昨奉手教，詢及新刑律草案一事，……李參議原奏未見聞其大旨欲將殺害祖父母、父母及期親等項移置於前作爲第二章，自係從名教起見。惟此次法律館所定律文次序亦頗參以學說，原奏內業已敘明大意，若一改移，則次序凌亂，於全體甚不相宜。查唐律謀殺期親尊長在第十七卷賊盜門內，而無謀殺祖父母父母之文，蓋已包於毆詈祖父母、父母一條之內；其毆詈祖父母、父母一條，則在第二十二卷鬬訟門內列於尋常鬬毆之後；大清律例謀殺祖父母父母係刑律人命門第三條亦列于謀殺人，謀殺制使及本管官二條之後，今分則內凡殺尊親屬者一條列於通常殺人之後，實與大清律例宗旨相符；考之於古證之於今，原定次序，並無悖謬。唐代赦款，叛逆可免而惡逆多不免，其於惡逆，視叛逆尤重，而律文不列於前者，律有廣狹二義，狹義多從廣義推演而出，故廣義在前而狹義居後，此自然之序也。辱承下問，故舉法律之淵源約略陳之』。(註一五)

「禮教」與「法治」兩派衝突的要點大概已如上所述；至於同情沈氏的人據江庸氏說有——

「岡田朝太郎、松岡義正、董康及憲政編查館、法律館諸人亦助沈氏辭而闢之，其中以楊度氏之論國家主義與家族主義之區別，與廷燮氏之用舊說議律辯二篇最爲透闢」。

這一場大論戰勝利仍屬舊的禮教一派；所以江氏說：

「然新舊勢力究不能敵，編查館卒徇廷杰之議；附加暫行章程五條；沈氏亦終不安於位；宣統二年修律大臣以劉若曾代之……」

按我國一切改革都很困難，就好像一大家族擁有祖宗遺傳下來的鉅邸大宅，雖然很陳舊，但若有人提議改造，那麼即使男主人贊成，女主人就反對，長男次男也有種種的意見，甚至男女僕人都很不以爲然，結果還是「依然舊屋」——反之，一家根本就沒有自己的或固定的住宅，隨時都在租賃新屋，那麼什麼時候流行着什麼形式的建築，就可隨着自己的意思租過來住，這樣就永不會落後，鄰邦日本的情形正是如此。

新刑律的糾紛雖甚擴大，而那部由志田鉀太郎博士松岡義正學士、協同俞廉三、劉若曾所修

訂的大淸民律草案總則八章三百二十三條卻能在宣統三年奏上，其——

「編輯之旨約分四端：

（一）注重世界最普通之法則。瀛海交通，於今爲盛。凡都邑鉅埠無一非商戰之場，而華僑之流寓南洋者，生齒日益繁庶，按國際私法向據其人之本國法辦理，如遇一相互之訴訟，彼執大同之成規；我守拘墟之舊習；利害相去不可以道理計；是編爲拯斯弊，凡能力之差異，買賣之規定，以及利率時效等項，悉採用普通之制，以均彼我而保公平。

（二）原本後出最精確之法理。學術之精進由於學說者半，由於經驗者半，推之法律，亦何莫不然？以故各國法律愈後出者最爲世人注目，義取規隨，自殊剽襲，良以學問乃世界所公；初非一國所獨也。是編關於法人及土地債務諸規採用各國新制，既原於精確之法理，自無鑿枘之虞。

（三）求最適於中國民情之法則；立憲國政治幾無不同，而民情風俗一則由於種族之觀念，一則由於宗教之支流，則不能強令一致。在泰西大陸尙如此區分，矧其爲亞歐禮

教之殊？人事法緣於民情風俗而生；自不能強行規撫；致貽削趾就履之誚；是編凡親屬婚姻繼承等事除與立憲相背酌量變通外，或本諸經義或參諸道德或取諸現行法制；務期整飭風紀以維持數千年民彝於不敝。

（四）期於改進上最有利益之法則　文子有言：「君者，盤也；民者，水也；盤圓水圓，盤方水方」。是知匡時救弊；貴在轉移；拘古牽文無裨治理。中國法制歷史大抵稗販陳篇；創制蓋寡，即以私法而論驗之社交；非無事例；徵之條教；反失定衡；改進無從；遑謀統一？是編有鑒於斯，特設債權、物權詳細之區域，庶幾循序漸進，冀收一道同風之益」。

這部法典的精神第（一）（二）兩端無可訾議，第（三）端不免因太牽就民情致忽視世界潮流的趨勢；如對女子行為能力詳為限制；此外如親屬婚姻承繼可以商量批評的還很多很多，惟第（四）端能夠將幾千年來所謂「以禮治天下」「債權」「物權」漫不分別的都加以詳細的區別；可算在中國民法思想上開一條新的路徑；所可惜的事，這部草案未及交資政院議決，武漢革命就爆發了。

沈家本氏諸人的努力和志願到了滿清退位「君主專制」最後成爲歷史陳跡；在袁世凱就任民國大總統的任期內雖不能說已如曇花之一現但所殘存的實屬僅微！因爲袁世凱本是前清的重臣，一人專政，並且殘忍陰險，於是就將「禮教」「重典」再演於民主政治的假面具之下他在民國三年解散國會之後，就有帝制自爲的野心；因欲「以禮教號召天下；重典脅服人心」，自然不滿足那部爲岡田博士所起草的新刑律（這時已將「與民國國體牴觸各條」刪除，改稱暫行新刑律）在同年十二月二十四日又公布一道像廷杰定的暫行章程並加以擴充的補充條例，將刑罰加重；到民國四年法律編查會又迎合袁氏的意旨纂成一部像大清律例「借屍還魂」的第一次刑法修正案；試看當時章宗祥、汪有齡、董康的呈文就列舉其特點如下：

「一則於總則增入親族加重一章中國舊律，首重服制，除祖父母、父母外，其於期親以下有犯，俱視尋常加嚴原案分則各條對於尊親屬亦間有特別處罪之文；而旁系親並不在內；雖曰刑期類分等級，如干犯伯叔父母、姑及兄姊等項儘可由裁判官處以較重之刑，然不如明定條文較爲畫一，故修正案定爲對於直系尊親屬犯罪者加重本刑二等，對於旁系

尊親屬犯罪者加重本刑一等，並規定因親屬而加者許其加至死刑；核與舊律之精神；殊無差異……

「一則采擇補充條例纂入限制正當防衛及無夫姦二條；對現在不正之侵害而出於防衛權利之行爲，本屬舊律擅殺擅傷之義，然使遇有尊親屬相犯而亦援用之實大背中國之禮教若姦通無夫之婦原案根據外國法典不列正條，自前清資政院以來久滋爭議，今各依類編入庶足以壓輿論。

「一則尊長對於卑幼於姦非章增強制賣姦之條；於略誘章著強賣和賣之罪舊律抑勒妻妾子女與人通姦及略賣子孫或有服親屬與人爲奴婢，治罪綦嚴，原案無文，殊不足以昭懲創。茲擬採用舊律輯爲專條一以峻廉恥之防一以敎親愛之誼；且使後有此等案件發生，不至窮於援引。綜上四者依據服制申嚴風紀要皆返之人心而同然所謂維持禮俗者此也（下略）」。

到民國七年修訂法律館又復成立，那時袁世凱已在兩年前「龍馭上賓」，立法者沒有什麼顧忌，

所以法律館總裁董康、王寵惠諸氏就能經過一番精細的研究新刑律之後；批評其闕失重新參考各國刑法斟酌本國情勢定出一部很完備很科學的刑法第二次修正案其刑事政策與新刑律不同之點如下：

一、暫行律於舊法律有輕重時，概從新法，有時科犯人以事後之重刑，殊未平允，本案則以從新爲原則，而於舊法之刑較輕者從輕。

二、故意及過失之範圍，暫行律未經確定解釋，易於出入人罪，故本案從晚近立法例以明文定之。

三、暫行律於犯某罪因而發生其他結果者加重其刑等條文頗多，案犯罪所生之結果在犯人意中者科以較重之刑，未爲不當；若意外之結果其原因至爲複雜，使犯人負此責任，不獨受罰者不平，亦非刑事所宜，故本案依一千九百零二年萬國刑法學會決議及晚近立法例規定犯人祇對於其能預見之結果負責。

四、責任年齡，前清資政院議決之刑律草案本定爲十五歲，嗣經內閣奏請改爲十二歲，暫行

律因之採之刑事政策未爲得當，故本案參酌多數國立法例改爲十四歲；十四歲以上未滿十六歲者得減輕其刑；並於感化教育之外增入由監護人等繳納保證金自行監督品行一法。

五、暫行律於正當防衛之行爲以不正之侵害爲準，於緊急避難之行爲凡出於不得已者皆得爲之，其適用範圍均屬過廣，故本案從多數國立法例前者以不法之侵害爲限；而後者以救護自己或他人之生命身體自由財產者爲限。

六、從犯暫行律以事前幫助者爲限，此外則準正犯，然事中幫助不問其行爲與犯罪之關係如何，概與正犯同罰，未見平允，故本案不分事前中凡幫助正犯者皆爲從犯；惟以事中爲直接及重要之幫助者爲限，處以正犯之刑。

七、有期徒刑暫行律採等級制，以五等爲標準，惟罪之輕重各有不同，必以五者繩之，恐所定之刑有不失於酷卽失於寬之病，且加必一等減必一等，亦恐畸輕畸重，故本案廢去等級；於分則各條明定年月，而加減則以若干分之幾爲準；既無定刑失當之虞；並免加減相懸

之失。

八、罰金暫行律以一圓為最低度，本案改為一角；易科監禁暫行律概定為一圓折算一日，本律改為一角以上三圓以下；羈押折抵暫行律概以一日抵一圓，本案改為一角以上二圓以下，俾法官得視犯人之資力及職業等而審酌情形定之。又易科監禁日數暫行律以三年為限，然查各國立法例無過一年者，故本案縮短為一年。

九、褫奪公權，暫行律有必褫奪與得褫奪兩例，褫奪又有全部及一部之分，標準至為不一，規定亦殊紛歧，故本案於應否褫奪公權概取裁量主義，並廢去一部之褫奪。

十、累犯，暫行律不分犯罪之異同及性質同等處罰，不足以懲治有特別之惡性者，故本案分「普通累犯」與「特別累犯」二者，後者之處罰較前者加重。

十一、暫行律總則第五章俱發罪係沿用舊律之名稱，但該章所規定者非限於數罪俱發，即數罪分別發覺，亦得適用，是以日本舊刑法名為「數罪俱發」，新刑法改為併合罪。然所謂併合罪，並非將數罪併合為一罪，其各罪仍獨立存在，不過併合處斷之耳，故本案改為

併合論罪。

十二、暫行律於裁判確定前所犯之數罪皆併合論罪，然裁判既經宣告，不當以後所犯之罪而復加變更還就犯人使享併合論罪之利益，故本案以裁判宣告前犯數罪者爲限始得併合論罪。

十三、暫行律於科刑之輕重除酌減外別無標準，施行以來因範圍過廣，援用未盡得當，故本案倣最近瑞士及德國刑法準備草案之例；特設專條，臚舉科刑時應行注意之事項；以爲法定刑內科刑輕重之標準。

十四、緩刑之制本爲較輕之罪而設，暫行律以四等有期徒刑（三年未滿）爲緩刑之範圍，證諸各國立法例失之過廣，故本案改爲二年以下有期徒刑。又緩刑期限之長短，當視刑期之長短定之，暫行律以三年爲最短期限，施之短期自由刑，未免過久，故本案縮短爲二年。

十五、罰金能否緩刑雖爲刑法上一爭論之問題，而揆之獎勵犯人遷善之旨，則予以緩刑或

較施刑之收效爲佳，是以外國刑法將緩刑擴充至罰金者，不少其例，況罰金輕於徒刑拘役，徒刑拘役尚准其緩刑，而犯較輕之罪反不許其自新，於刑事政策有所未協，故本案增入罰金一層。

十六、親屬之範圍暫行律以舊律服制圖爲準，而服制圖煩複細密，卽賢智亦難猝記，故本案從民律草案之例，用親等計算法，較爲簡易，然其範圍則仍與服制圖適合。

十七、文例各國刑法有立爲專章者，有不立專章僅於法例章規定一二條者，但其次序則除荷蘭外皆列於總則之前，暫行律取法荷蘭將文例列於總則之末，然文例之適用於總則各章者不少，反列在各章之後，援證未免失序，故本案將文例列爲第二章，而以時例次之。

十八、暫行律刑名章依墨西哥刑法列於未遂罪、累犯罪、俱發罪、共犯罪各章之後，謂有罪而後有刑，不當先刑而後罪，然未遂與共犯關於犯罪之狀態列於刑名之前固屬允當，至累犯與併合論罪非關於犯罪之狀態而其關於科刑之重輕，設不知各種刑名，則無從知累犯及併合論罪之性質矣。故本案將累犯及併合論罪改列刑名章後。

十九、暫行律第三章不爲罪章內以有規定爲罪處罰者，不爲罪之名稱未能賅括該章各條；又宥減章及自首章減等或免除各條與不爲罪章之減等各條旨意相類，故本案將不爲罪、宥減、自首三章併爲一章名曰刑事責任及刑之減免。

二十、從略。

以上爲總則方面，以下爲分則：

二十一、對於大總統犯罪者，暫行律仍科通常之刑，反不如外國之元首之有特別保護，故本案增入侵犯大總統罪一章，加重其刑；惟以關於生命身體自由及名譽者爲限。

二十二、暫行律於內亂罪之規定，分別既遂未遂，惟內亂罪能否處罪既遂，學者頗多爭論，故本案以著手實行爲犯罪之成立。

二十三、暫行律漏洩機務罪所規定各條過於嚴酷，爲各國所無，故本案併入外患罪章，以有害國家之安全致貽外患者爲限。

二十四、暫行律妨害國交罪章對於外國元首不問是否友邦一律特別保護，範圍過廣，故本

案以友邦之元首爲限。

二十五、暫行律瀆職罪章之賄賂罪，分事前事後爲定刑之標準，與案情輕重未必相應，卽如事後關於違背職務之行爲犯賄賂罪與事前關於非違背職務之行爲相較，則前者當然重於後者，若以時爲區別適得其反，考各國立法例多以違背職務與否定刑，我國舊律亦有枉法與不枉法之分，其用意正同；故本案以行爲是否違背職務定刑之輕重；庶於中外法律均能符合。

二十六、暫行律騷擾罪獨立爲一章，但其性質與妨害秩序同，故本案併入妨害秩序罪章。

二十七、暫行律放火決水及妨害水利罪、危險物罪、妨害交通罪、妨害飲料水罪、妨害衞生罪各爲一章，但其所規定者皆屬妨害公共安全之行爲，故本案仿多數國立法例併爲一章；改稱公共危險罪。

二十八、各國刑法於僞造文書罪略分兩派：以證明權利義務之文書爲限者，德國是也；以足生損害於公衆或他人之文書爲限者，法國是也；暫行律從德國派，惟證明權利義務之標

準未易確定；德國數十年來；施行頗生困難；是以學者多非議之；其準備草案刪去足以證明權利義務句；而以欺騙他人重要權利義務爲標準；其結果殆與法國損害制無大區別；故本案從法國派。

二十九、暫行律姦非及重婚罪章不能包舉各種猥褻行爲，而略誘及和誘罪章又多係妨害婚姻及家庭之制，故本案將該兩章所規定者分別規定於妨害風化罪妨害婚姻及家庭罪兩章中。

三十、暫行律廢舊律無夫姦罪，而當時曾於另輯暫行章程第四條規定，迨暫行律頒布時，又將該章程刪除，未免趨於極端；故本案於妨害風化罪章仍增入無夫姦罪；惟以未滿二十歲之良家婦女爲限。

三十一、褻瀆祀典及發掘墳墓罪未能包括侮犯屍體各條，考各國刑法，其定本罪於專章者，類名曰妨害宗教罪，前法律館草案理由及修正案案語亦謂本章爲保護宗教之信仰而設，故本案改稱妨害宗教罪。

三十二、妨害商務罪爲暫行律所無，本案增入以示保護商務之意。

三十三、海牙禁止鴉片公約於鴉片外尚有嗎啡高根安洛因及其化合質料等皆在禁止之列，又民國三年四月頒行嗎啡治罪條例，故本案鴉片罪章內於暫行律所定鴉片之外增入嗎啡等字樣。

三十四、暫行律賭博罪凡賭博財物者均應處罪，而實際上難於適用，幾成具文，故本案縮小其範圍。

三十五、暫行律殺傷罪包括殺人與傷害兩罪但二者輕重懸殊而情節亦或有未易分明之處故本案分爲兩章。

三十六、暫行律廢謀殺故殺之別，故科罰自十年以上有期徒刑至死刑，案各國刑法科刑範圍之廣大如暫行律者惟日本一國，英、美系分謀殺故殺，德、法系亦然意大利及南美諸國皆分別尋常情節及重大情節，而謀殺則重大情節之一也我國舊律亦大同小異故本案參酌中外法律仍分謀殺故殺及情節之輕重科罰。

三十七、暫行律私擅逮捕監禁罪及妨害安全信用名譽及秘密罪兩章，其侵害之法益爲個人之自由，而妨害秩序罪略誘及和誘罪兩章內亦有侵害個人之自由者，故本案併爲妨害自由罪一章。

三十八、竊盜及強盜罪暫行律合爲一章，但竊盜爲侵犯財產罪，而強盜爲侵犯財產及自由罪，其保護之法益不同，故本案分別規定。

三十九、搶奪行爲與強盜實有差別，故本案於強盜外別標搶奪之名；又在海洋行劫者爲強盜加重之情節，故增海盜罪科以較重之刑。

四十、暫行律詐欺取財罪章內包含恐嚇殊未妥協，故本案分列兩章；又詐欺罪內處理他人財產違背義務之罪非必有詐欺之事，故本案於該章章名增入「背信」字樣。

（餘條從略）」（註一六）

從以上所引的四十節簡單說明看來，中國法學者已能將歐美的法律思想咀嚼消化；所以纔能夠拿來和本國固有的法律思想「冶爲一爐」結果就成爲後來在民國十七年三月十日由國民政

府公布的中華民國刑法的藍本。

自世界大戰告終前後，中國的學術界有所謂「新文化運動」的興起，文學革命、思想革命、社會革命，……眞是甚囂塵上！就在全世界的變遷也很爲劇烈！社會上平民生活的困難，階級鬭爭的恐怖，都使以前以個人主義爲根據的法律不得不改變而以社會爲本位；所以各國所頒佈的法令都有使「權利趨於社會化」「契約趨於集合化」的形勢；流風所播；我國自然大受影響；而法律思想乃又發生一大變化。尤其是從民國十四年國民政府成立之後秉承孫中山先生的遺教，制定許多名貴的法典；另闢中國法系的新紀元！那位「厥功最偉」的立法院院長胡漢民先生在社會生活之進化與三民主義的立法一文有說：

「……我國自滿清侵入，異族專制，垂二百餘年；近復受帝國主義之壓迫，備受經濟文化之侵略，民族地位低落，政治組織崩壞，人民生計破產，成爲整個中國問題，所以　總理詔示我人，建國治國之最高目的，必須從民族、民權、民生三方面同時並進，以完成民有、民治、民享的新國家，庶不致蹈帝國主義虛僞的民生主義或個人之資本主義覆轍；然而民有、民治、民享

的新國家何以完成？必先以武力掃除建設之障礙，而徹底表現革命主義尤在於立法；是以無論任何革命，當以法律徹底表現其革命主義；如斯之立法，謂之革命的立法，革命的立法有進取性；所以要迎頭趕上世界一切新學理、新事業；革命的立法有改造性；所以不能因襲古代成規，繼承外國法系。

「我國的革命爲國民革命，是就整個民族、民權、民生的問題謀解決的革命，即其立法爲同時解決整個民族、民權、民生問題而立法，故三民主義的立法與我國古代法律思想不同；與歐、美的法律觀念尤異：蓋中國歷代制禮立法，完全是立於家族制度的基礎上；現在的立法，是立於民族利益的基礎上；此其不同者一也；從前立法維護君主專制；而現在的立法，不獨擁護人民的利益，且以保障民族精神民權思想民生幸福爲中心的一切新組織；此其不同者二也；從前立法，獨注意農業社會家族經濟之關係；而現在則要注重農業與工業並進的民族經濟之關係；此其不同者三也；更從社會組織與國家組織上觀察，從來中國的法律，公法與私法相混；可以說私法完全納於公法之中；此種簡陋之法律制度，自不能適應時代之

要求；現在三民主義的立法；不獨要將公法與私法分清；且將法的基礎置於全民族之上；此其不同者四也。總此四端，即爲三民主義的立法與中國歷代不同之點。

「至於三民主義的立法，所與歐、美不同者；蓋因歐、美近代立法的基礎，俱以個人爲本位；根本上認個人爲法律的對象；拿破崙法典可推爲代表。歐、美個人思想的法律制度；迨至十九世紀之末二十世紀之初；其立法趨向始由個人的單位移至社會的單位，惟歐、美各國各有其特殊情勢；在妥協性的思想占優勢之國家；多數因襲從前認個人爲社會單位的舊觀念；認定個人有天賦的權利；有其不可侵犯的自由。然人的權利與自由，成爲權觀念的內容，而人權觀念，則成爲立法的基礎，現代雖有稍事變更，亦不過於社會共同福利最低限度內，抑制個人自由，仍偏重於個人自由，忽略社會全體之利益也。此種法律制度較諸我國家族主義的法律制度尤覺落後蓋我國以家族團體爲單位的立法；夙以團體之利益爲立法之出發點；不過其團體之構成較現代社會爲稍狹耳三民主義的立法對此尤覺不滿；況此種個人單位的法律制度歟？至於改造性的思想占優勢之國家；雖已將社會爲單位的觀念代替

個人為單位之思想；惟誤認社會生存關係為階級對立關係；而不知社會生存關係為協動關係；為連帶關係；須以整個社會為單位；決不能分化社會以任何階級為單位也。即此而觀，以上兩者之法律觀念，均不能適應於現代社會之生存關係，尤與三民主義的精神不相吻合，此三民主義的立法所以與歐美的制度異趣也……」（註一七）

根據三民主義的立法而最早成功的法典為民法總則債權物權；吳春桐氏國府新頒民法總則編之立法沿革與批評有說：

「……前此立法政策，每受個人主義之影響。往往於個人私益，保護太周，而於社會公益；常置不顧。末流之弊，馴至只知有小我，而不知有大我，其為貽害，寧可勝言？加以我國人民素以自由放任散漫不堪聞於世；對此尤應及早防範；免陷覆轍此次法案，關於此點，似已覺察，而為反覆致意，如對於設立法人之干涉；限制禁治產之宣告；縮短時效之時間等；似皆以社會公益為前提也。又女子行為能力，從前限制之嚴；使出嫁女子降而與聾人啞人盲人同科畸形之法律實為造成畸形社會之模型；此次概加刪除；並使女子於個人之財產有完全處分

之權；即已結婚之婦人關於其個人之財產；亦有完全處分之能力；至其他權義之關係，亦均表現平等精神；不以男女而有所軒輕……」（註一八）

至民法分則中如債權篇所表現的思想也仍是注重公益，並對於債務人的利益特加保護。物權篇的立法精神，就如胡漢民氏所說：

「……物權篇的制定和債編一樣的精神，同時根據黨義以社會利益為重；採取各國法理之長，而同時保持我國固有的良好習慣；而這種習慣一定是合乎所謂王道精神的……

「從物權編的通則上，我們便可見到所謂「王道精神」，「物權除本法或其他法律有規定外，不得創設」，這條通則的理由，是因為物權具有對抗一般世人的效力，若許人以契約或習慣隨意創設物權，便有害於公共的利益。這裏所謂「其他法律」，乃指特別法律而言，如規定漁業權、著作權，或專用權之類的法規都是。我們通常說的所有權，乃物權的一種，普通國家很尊重它，但所有權固該尊重，而為社會一般公益起見，法律上也應同時予以相當的限制。所謂所有權包含三種權利，即使用、收益、處分，本編規定所有人於法律限制的範圍

，內得自由使用收益處分其所有物，並得排除他人的干涉，因為社會生活和社會生存，為法律所由生產的源泉，法律所以要保障各個人生命財產之安全，其最高目的，由於為社會的安全，而不是純粹為個人的安全，所以個人的利益，必定置諸社會公共利益之下，一切權利之行使，衹能在法律範圍之內，便是所有權亦須受此限制……一方面尊重所有權而一方面尤其注重到社會上公共的利益；這就是他王道精神的所在。

「關於所有權取得之規定，「以所有之意思五年間和平占有他人之動產者，取得其所有權」；「以所有之意思二十年間和平繼續占有他人未登記之不動產者，得請求登記為所有人」；「以所有之意思十年間和平繼續占有他人未登記之不動產，而其占有之始為善意並無過失者，得請求登記為所有人」；這些規定也是為的注重社會公益起見，應該使動產或不動產的所有權的狀態早日確定取得時效一層，他國法律有訂在民法總則中的，我們現在卻根據最新的立法例，一併規定在條文之中，於此有一端更當注意，是關於不動產物權的取得，設定，喪失及變更，我們是完全採用登記要件主義的，關於這一點的規定，各國

法律各有不同，有採地劵交付主義的，有採登記對抗主義的，我們採用登記要件主義；乃求貫徹本黨的土地政策，以期權利狀態之明確。關於土地方面，物權中祇很慎審地定出若干原則而已，至於詳細的關係，都讓給土地法規去規定。不動產的取得或變更非登記不生效力一層，在旁的國家是僅僅對抗第三者而已的，我們並在使將來的土地登記法增加力量；以便將中國的許多土地關係都弄好；我們是準備由這一步起，根據總理的土地政策逐漸做到平均地權；耕者有其田土地國有等等目的。因爲總理的政策是王道的，不像蘇俄那樣巧取豪奪，所以使用登記的方法最爲妥當。旁的國家專以登記爲抵抗第三者而設，其實登記的作用並不完全如此，他還含有保證的性質，雖然現在我們的土地登記機關，還不完備，或者還完全沒有，但總可以照這意思，逐漸辦去。關於這一點，民法施行法我國從前也有相當的辦法，如換契之類，就是取得不動產所有權的一種登記方法。我們在立法上當然應按照黨的主義和政策去做；將來纔能不生其他問題。現在很多國家對於土地政策的改進，感覺最大的困難，便是被私人所有權限制，而無法解決，無法救濟，我們總理的平均地權節制。

；資本本是一種預防土地資本走入歧途的辦法；我們不能以為他在目前無關重要，便有所忽略，使立法上失了主義的根據而重蹈他國的覆轍……

「在我們所訂的民法物權編中，還有典權一項，……不動產典乃是我國固有的習慣……照我國習慣如典物價格低減，出典人拋棄了回贖權，便可免除負擔；如果典物價格高漲，出典人還可向典權人找補，這真是一種富有王道精神的習慣；為我國道德上濟弱觀念的優點。現在物權中保存了這種習慣，規定出典人對於典權人表示讓與其典物之所有權時，典權人得按時價找貼，取得典物所有權，可是習慣上往往有迭次請求找貼，致發生糾葛的，所以又規定找貼祇以一次為限。……

「至於大旨如何呢……三民主義的立法是科學的立場；不是唯心主義的立場所謂科學的立場；乃以法律之所應用——社會為主；因時因地去考察全社會的需要以全社會共同的福利或全民族共同的福利為法律的目標；法律應能夠保障社會羣體的利益至於個人的所有權種種；實在應該是為社會生活與民族生存而有的若僅為他個人的生活生存而

有害於社會國家，法律便不能保護他，故一切權利行使，應受法律的約束與制裁。法律一面是爲的；社會同時，即維持其人在社會上必要的關係與地位；這是我們立法的根本意義……」（註一九）

但最值得注意的還是親屬繼承兩編；現先述親屬編重要之點如下：

「（一）親屬分類及親等計算之改進　關於親屬分類及親等計算，爲本案之重大改進。就親屬分類言，我國舊律除配偶外，向分爲宗親、外親及妻親三類；但此係淵源於宗法制度；實應根本改革。故本案遵照中央前頒原則，關於親屬以血統及婚姻爲主，而分爲配偶、血親及姻親三類；此不獨出於自然，且與世界法制相合。其次就親等計算言，我國歷次民律草案，悉用寺院法計算法，因其與宗親服圖制相近，寺院法源於歐西宗教遺規，其計算親等，不盡依親疏之比例，於理不合。今親屬分類既從根本改革，故於親等之計算，亦特遵中央政治會議原則，改從羅馬法之計算法。

（二）男女平等之確立　確立男女平等爲新民法一貫之精神。民法總則編說明書中已

言及此，其於本案尤然，如第一、二、三次民律草案均認妻爲限制行爲能力人；本案則否；此其一；舊律及歷次民律草案於離婚條件均寬於男而嚴於女；本案則否；此其二；從前於親權之行使均以父爲先；必父不能行使時，始由母行使之；現在卽以共同行使爲原則；此其三；歷次民律草案於一定限度內仍承認夫權之存在；本案則無此明文；此其四。

（三）種族健康之增進　增進種族健康，爲增進人口之本，故本案以此爲貫通全部之原則，其犖犖大者，如：——

（1）早婚足以弱種，而我國習慣向無限制，現則明定結婚最低年齡，以防其弊。

（2）近親相婚於遺傳上易生不良影響；現則明定一定親屬不得結婚之限制

（3）舊律及歷次草案均不以不治之惡疾及重大不治之精神病爲解除婚約及離婚之原因；衡諸衛生優生之理，實有未合；現在則明文規定，以期增進種族之健康。

（四）夫妻財產制之釐定　年來人民之法律思想逐漸發達，且女子已享有財產繼承權；故遵照原則於夫妻財產制特訂專節；分夫妻財產制爲法定財產制與約定財產制之兩類，以

聯合財產制爲法定財產制，以共同財產制、統一財產制，及分別財產制爲約定財產制，夫妻得於數種約定財產制中，擇一以爲夫妻財產制；如無約定，則適用法定財產制。

（五）嫡子、庶子、嗣子及私生子等名義之廢除我國舊律及歷次草案向有嫡庶之分，更有嗣子及私生子之別但時至今日納妾惡制應即根本廢除；則庶子之名稱即無存在之可能至私生子之稱，亦欠允當，本案則以是否由婚姻所生爲骨幹而規定由婚姻關係受胎而生之子女爲婚生子女，反是則爲非婚生子女；其非婚生子女因父母結婚或經生父認領，則視爲婚生子女，以增進其地位若夫嗣子，原屬宗祧繼承之遺制現在民法繼承編對於宗祧繼承既不設規定；自無復嗣子之可言；故本案只有養子而無嗣子。

（六）親屬互助及獨立之獎勵親屬互助及獨立之獎勵之概要如下：

（1）本案明定女子特有財產之範圍，以助長女子經濟之獨立；

（2）明定親屬間互助扶養之範圍及程度，而於獎勵之中，仍寓助長個人經濟獨立之意；

（3）親屬間之紛爭，本案特假排解之權於親屬會議，而不賴法院之判斷，且規定職權範圍較廣，以助長其互助之精神。

（七）家制之規定根據原則仍保留家庭制度。但家長之義務較權利爲着重；並不論性別；期與社會心理與世界趨勢兩不相背」

又繼承編重要之點如下：

「（一）遺產繼承不以宗祧繼承爲前提。舊律遺產之繼承惟限直系卑屬之男子，現則根據中央政治會議所定原則，不以宗祧繼承爲前提。換言之，卽遺產繼承權不必被繼承人之直系血親卑親屬有之；卽被繼承人之配偶、父母、兄弟、姊妹及祖父母亦有遺產繼承權

（二）法定繼承人及指定繼承人之劃分。本案遵照中央政治會議原則，分繼承人爲二：一曰法定繼承人，一曰指定繼承人。除配偶外以直系卑親屬，父母、兄弟、姊妹，及祖父母爲法定繼承人，其順序爲直系卑親屬，以及於父母兄弟姊妹、祖父母；至指定繼承人，本案定爲於無直系血親卑親屬時，始得指定繼承人，繼承其財產之全部或一部，而指定人及被指

定者，均不問其性別。

（三）男女繼承之平等根據男女平等之精神，凡前所稱直系血親卑親屬，均包含女子在內，謂兄產可及弟，但姊妹亦准均霑利益；祖產可以傳孫，但女之子女亦不令其向隅，是皆求男女平等原則之完全實現者也。

（四）配偶繼承權之確立舊律狃於繼承宗祧始能繼承遺產之偏見，不知宗祧繼承爲奉祀權之嗣續，遺產繼承爲財產權之轉移，兩者不可混同，故根據男女平等原則，繼承遺產又不以繼承宗祧爲前提；則以配偶間利害關係之深，自應認其有相互繼承遺產之權；且不限於一定之順序。

（五）限定繼承之承認限定繼承之制度，即繼承人得限定以因繼承所得之遺產償還被繼承人之債務如非限定繼承又非拋棄繼承，則繼承人對於被繼承人之債務，仍應負完全清償之責，而於限制繼承人義務之中，仍寓保護債權人權利之意。

（六）遺囑方式之釐訂根據我國習慣定遺囑方式，爲自書、公證、密封、代筆及口授五種，而

於各種方式設有顯明之區別，種類既多，則遺囑人之爲遺囑，以任擇其一爲之爲已足，自無遺囑難於成立之虞。

（七）特留財產之規定各國關於此問題之立法，有採個人自由處分之主義者，如英美等；是有採維持親屬關係之主義者，如德、法、瑞士、日本等是；採第一主義者，對於個人之遺產，完全予以自由處分之權，不加限制；採第二主義者，則個人難得自由處分，而法律規定親屬所享有之特留財產，絕不受其影響，本案根據原則，採用第二主義特設特留財產之規定』。（註二〇）

這些規定雖然還不能說是極徹底的法律革命；但已經是能夠根本推翻幾千年來「藏垢納汚」僞善的舊禮教所護持的名分親屬關係宗法觀念造成了一種不流血的禮教革命了。

（註一）參看前章（卯）訊刑存廢問題。

（註二）參看大淸現行刑律卷首沈家本奏疏。

（註三）寄簃文存卷一第一至第五頁

（註四）前書第六七兩頁。

(註五)前書第七至第九頁。

(註六)前書第十五至第十七頁。

(註七)前書第九至第十一頁。

(註八)前書第十一至第十四頁。

(註九)法學新報第四十四卷第二號。

(註一〇)寄簃文存卷六第二十六頁。

(註一一)參看江庸氏五十年來中國之法制一文。

(註一二)見同上。

(註一三)法學新報第四十四卷第二號。

(註一四)寄簃文存卷八第十五至第十八頁。

(註一五)前書第二十四頁。

(註一六)法律草案彙編下卷。

(註一七)中華法學雜誌第一卷第一號。

(註一八)東方雜誌第二十六卷第十八號

(註一九)朱方氏民法物權編詳解附錄。

（註二〇）參看立法專刊第四輯第四至第十六頁。

國民政府時代民法的思想既如是突飛猛進，刑法方面的思想又怎麼樣呢？那部在民國十七年三月十日所公布的中華民國刑法，係司法院王寵惠院長根據第二次修正刑法草案重加刪訂而成，其立法原理前已摘錄四十條，即可見其改善主義的精神比暫行新刑律尤有充分的表現；拿來和現代任何國家最進步的刑法典相較衡當亦無多遜色；所以戛塞德（P. Garsaud）氏稱讚其能「顧慮國情及融合刑法新潮流」（註二一）但到了民國二十年新民法完全實行的時候，就有許多條文，發現刑民法間彼此有衝突矛盾的地方，而從頒布之後幾年裏頭，社會政治也發生許多變化，所以立法院又組織委員會修改刑法，於是又有刑法修正案初稿的產生，天津大公報記者有讀刑法修正案初稿一文說：

「……查現代各國刑法，多採教育刑與社會防衛思想，與古時所謂報應主義，威嚇政策，迥不相同，緣自前世紀後半期自然科學家從犯人之天性及環境研究，認為犯人之作奸犯科，非出自由意志，實受社會之客觀情勢與犯人之遺傳性質所影響。此等學說，不依法律的評

最犯罪行爲，而依生物學的社會學的詮釋之，因是不重視犯人所犯之罪，而特注意於犯罪人之本身；不以報復其犯行爲合理，而以改善其犯人爲理想；遂將犯罪者分爲改善可能者與不可能者兩類；前者寓教化於刑罰之中；後者則從社會淘汰之，隔離之，使勿再爲害；是爲刑罰之目的；同時更謀改良社會，消除犯罪之社會的原因；此現代各國新刑法所由與社會政策相輔而行者也。中國現行刑法大體根據此等精神，而修正案則更見徹底，所以然者，各國最新刑法，悉取犯人本位，以人格主義爲中心，教育感化爲骨幹；如少年犯人之特別處置，有罪判決之緩期宣告，將教育上無益有害之短期自由刑改爲罰金，或予緩刑，其改善不能之慣習的職業的犯罪人則長期拘禁，皆其例也。最極端者，如蘇俄刑法竟不用「刑」之一字，而美國各州，至有用不定期刑者，又如意大利刑法與日本改正刑法草案明定「保安處分」，與「刑」並列，中國刑法草案初稿第十二章即摹倣之也。由此可見中國刑法新精神之一斑。

「吾人根據上述所謂教育刑與社會防衛思想兩點，更就刑草初案中具體的指出數點，以

告國人：如草案第八章於原有科刑標準及一般的因犯罪之情狀可以憫恕而得酌減其刑外，並加添第五十五條：「凡犯最重本刑爲三年以下有期徒刑，拘役或專科罰金之罪，不在但書除外之列者，如果情節輕微，顯可憫恕，即得免除其刑，其犯普通竊盜、搶奪、侵占、詐欺、贓物諸罪亦然」，以上各罪往往因飢寒所迫，情急出此，曲予宥恕，正合人情；惟惜普通墮胎罪，未在其內，非所以體恤貧弱之道，而於刑草一百七十九條之公共危險罪並可仰邀憫恕，似於公共利益之保護，不無缺憾；要之，此等特別免刑之規定，實爲人格主義之極度表現。此外宣告緩刑條件中有「前受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢，或赦免後五年以內未曾受有期徒刑以上之宣告者」一項，及假釋條件中但書有「但有期徒刑之執行未滿一年者不在此限」數語，較現行刑法同條，前者由三年改成五年，後者由二年縮至一年，其由少而多者，所以嚴犯人品行之考察；其由多而少者，所以寬自由之賦與，要皆爲感格犯人優容刑餘者著想也。至於保安處分一章，更完全爲補足刑罰之功用，一方面確保犯人之生存權；一方面防衞社會之公利益；其用意至爲周密。尤可注意者，向來刑法以褫奪公權爲徒刑之一，

現行法亦然，其褫奪之範圍復又甚廣，舉凡爲公務員，選舉，被選舉權，官公立學校職教員，以及充律師入軍籍，悉在其列，致使刑餘之人，外不齒於社會，內失精神更生之勇氣，直不啻驅犯人於自暴自棄，刑法初稿於此一反陳例，僅於宣告死刑及無期徒刑者宣告喪失公務員資格，其他則在一定條件下宣告一年以上十年以下之此類處分，此實一有價值之規定也，……」

除「改善主義」而外，男女平等的思想也和支配全部民法的規定同樣。王洪江氏所編纂中華民國刑法釋義第二章文例第十六條說：

「夫於妻之父母及祖父母，以旁系尊親屬論；妻於夫之父母及祖父母同」

「……舊律規定，妻於夫之父母及祖父母以尊親屬論，而夫於妻之父母及祖父母則不以尊親屬論，其蔑視女子，顯然可見，故本條第一項，特明定夫於妻之父母及祖父母以旁系尊親屬論，第二項妻於夫之父母及祖父母亦以旁系尊親屬論，蓋女子在法律上之地位與男子一律平等也」（註二）

禮教的觀念也如民法的淡薄，所以比較守舊的學者就很不以爲然。董康氏中國歷屆修訂法律之大略一文就有說：

「……妻於夫之直系尊親屬斥諸旁系，此雖從唐律正服義服之區別而出，然義服有犯，仍同正服，此有明文規定者。假使夫隨妻而爲贅婿，既廢宗祧之說，揆其恩義，當然以養父母養子例之，豈有妻隨夫而入夫家，反處於旁系卑親屬之列？今之所謂配偶，亦卽舊之所謂齊體，如此不齊，則有乖配偶二字，此悖於倫常者一也。」

「姦從廣義言，有姦惡，姦宄，姦邪，姦慝諸名詞，是凡罪大惡極者，非以姦字冠首，不足以明著其罪狀，今男女苟合行爲，直接名之曰姦，則其重且可知，世人俱以姦盜竝論，其實姦敗人名節，與盜之迫於飢寒者，不可同日而語也。若和誘略誘無不以姦爲媒介，既誘之後，被誘人之陷於如何地位，尤屬不堪設想，較之單純姦罪更進一步，乃本法除屬於親權等者外，竝無明文規定，是此等立法例，有悖於風化者又一也……」（註三）

到了刑法修正案初稿出現，就如大公報社評所說：——

「……修正案關於妨害風化與妨害婚姻及家庭兩罪；較現行刑法頗有廣大之修正；如現行法對於姦淫未滿十六歲之女子，以強姦論，修正案則改為十四歲，吾人以為不如維持現行法，蓋從保護女子身體，維持性道德計，不宜將此項年歲改低。又如現行法關於貞操義務；僅責女子片面的遵守；實欠公允；修正案第二百二十八條改為：「有配偶而與人通姦者，處二年以下有期徒刑，其相姦者亦同」，如此則夫婦相互間同負貞操義務，自足為女界吐氣。惟於此有可注意者，此項犯罪本須其配偶親告乃論，而其配偶係縱容或宥恕者，依法即失其告訴權，是故此事從極端言之，男子假令一度宿娼，即有被處徒刑之危險，而所謂「縱容」「宥恕」之證明，在閨闥中又甚難舉以昭示共信，然則法律雖有明文，結局要不過徒以攪亂家庭之平和，予外人以挑撥搆煽之機會而已，實際效力仍是疑問也。抑關於貞操問題，在現代施行新法律諸國，誠多以性慾上之忠實義務，分課夫婦雙方，以示公平，然核之最近歐洲各國判決例，似又傾向於輕減貞操義務，新開不少除外之例，如謂男子在其妻病中以及旅行中臨時與其他婦人發生關係者，皆不得為違反貞操義務等等，可見中國俗語所謂

「清官難斷家務事」者，中外一理，人情不甚相遠，然則縱有規定，其保護女性之效力，又正難言也。……」

又三民主義的民族思想也顯明的可以看出；如第二百五十條「對吸食鴉片或施打嗎啡或使用高根安洛因或其化合質料者處六月以下有期徒刑拘役或三百元以下罰金」比現行刑法祇處罰金的加重得多；這是對鏟除一切戕身的毒物具有決心的表示。又如第二百七十五條「對於未滿十四歲之男女施以凌虐或以他方法致妨害其身體之自然發育者，處二年以下有期徒刑拘役，或三百元以下罰金」，又第二百七十六條對纏足也特定有「拘役或一百元以下罰金」的刑事處分，都是爲增進民族健康而設的。

（註一）見耶士卡拉（J. Escarra）氏中國刑法譯本序文第十二頁。

（註二）中華民國刑法釋義第一編總則第十一頁。

（註三）法學新報第四十四卷第二號。

全書結論

從以上各章看來，中國幾千年法律思想演進的情形不像一般所理想的那樣貧乏；實際上中國法律思想的範圍牽涉得很為廣大內容的義蘊很為宏深問題很為繁多；不是只懂法學而不熟習史事的人所能窺其究竟也不是專攻歷史不嫻法學的人所能賞識或揀擇其有關係的「浩如煙海」的史料；著者此書還不過是一種嘗試而已。

中國幾千年來的法律思想除先秦以前而外雖說是「陳陳相因」的佔大多數，但特殊的創見；卻每一個時代都可發現；就如最近國民政府所頒的民法，吳經熊博士在新民法和民族主義一文曾說：

「全部民法已由立法院於最近二年中陸續通過，並已正式公佈了！此後中國已為一個有民法典的國家了，這是在法制史上何等重要，何等光榮的一頁但是我們試就新民法從第一條到第一二二五條仔細研究一遍；再和德意志民法及瑞士民法和債編逐條對校一下；倒有百分之九十五是有來歷的；不是照帳謄錄；便是改頭換面！這樣講來，立法院的工作好像全無價值了，好像把民族的個性全然埋沒了！殊不知內中還有一段很長的歷史待我分

解一下罷。第一我們先要明白，世界法制，浩如煙海，即就其犖犖大者已有大陸和英、美兩派，大陸系復分法、意、德、瑞四個支派。我們於許多派別當中當然要費一番選擇工夫，方始達到具體結果選擇得當就是創作；一切創作也無非是選擇因此，我們民法雖然大部分以德、瑞民法做借鏡，要不能不問底細地就認為盲從。……俗言說的好：無巧不成事，剛好泰西最新法律思想和立法趨勢，和中國原有的民族心理適相脗合；簡直是天衣無縫！……」（註一）

我們試拿前引胡漢民院長及其他關於三民主義的立法的文章來加一番研究，便可知吳博士的話不是「言過其實」著者並且很相信以中國歷史之長，土地之廣，人口之衆，文化上憑藉之厚，從近代有言論的自由起，必能產生很偉大的許多思想家；——且不限於法律方面。望我國人其共奮勉！

又本書以前所述各時代的法律思想，有的其立言的根據很為穩健合理；如反對「大赦」「族誅」等，竟不發生實際的影響；著者總歸咎於君主專制「濫作威福」的為祟。但自辛亥革命以來，此種障礙的惡勢力已逐漸減退；而社會的流動性因工業文明的輸入愈為顯著；所以吾人不應對

新法律的實行太過於抱持悲觀的態度 董康氏中國歷屆修訂法律之大略一文有批評新民法的話說：

「……婚姻編採用最新之制，不合於固有風俗，白虎通言「夫者，扶也；婦者，服也」。爲維護家庭，防閑內外，自有一種精義，存乎其中，初非視妻如婢媼也。本法將夫妻財產制程序之繁重，契約之縛束，試問婦女之知識及能力如何？爲保護妻之法益，勢必延聘法律家爲之顧問；論夫妻之恩義，本居一體，如顧問而爲正士也，房第之間，容外人參加，其動作已生一層之隔閡；設爲野心家也，或以財，或以色，在在處處，均可達其雙方睽離之目的，譬之金質至堅，一經強度之硫酸，未有不溶解者，則此制度之應從根本上研究之也……」（註二）

王自新氏從新法之施行難說到舊習之革除不易一文也說：

「……重男輕女，女子不得享有財產繼承權者，習慣也；婚姻取買賣式者，習慣也；童養媳等，亦習慣也；總之，重父統輕母系，亦莫非習慣也；習慣有善惡之分，……玆篇所述，類多不良習慣，故新法典之從事革除，雖小節上不無商摧餘地，而大體不差。惟吾人所欲說明者，改除習

慣；非法律單方面之力量所可奏效耳。何則？法律之力祇能於受屈者請求保障時，加以保障；若受屈者安於舊習，自甘放棄……則法律之力窮矣！……彼習慣之來非一朝一夕，積重難返。而其原因則極爲複雜：……有因政治不良，有因經濟壓迫，有因交通閉塞，教育不普及，而民智不開，紛繁錯綜，難以縷述……」（註三）

董、王兩氏就事實立論，似是確不可移；但中國近年情形變化很爲劇烈；即以交通而論，外國記者都說中國的地面在近二三年裏起了幾千年所沒有的變化；義務教育也在積極推行；政治也逐漸改良；經濟也急於打開現在困難的局面；所以要說新民法絕沒有施行的一天的話，就未免像杞人憂天一樣了。

（註一）法律哲學研究第二十七、八兩頁。

（註二）法學新報第四十四卷第二號。

（註三）中華法學雜誌第四卷第八號第十頁。